

UNIVERSIDAD DE CUENCA



**Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Carrera de Derecho**

“EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACION ECUATORIANA”

Monografía previa a la obtención del
Título de Abogada de los Tribunales
de Justicia de la República del
Ecuador y Licenciada en Ciencias
Políticas y Sociales.

Autora:

Jéssica Alexandra Quezada Guzmán

Director de investigación:

Dr. Fernando Teodoro González Calle.

Cuenca - Ecuador

2016

RESUMEN

La presente investigación, que lleva por título El Despido Ineficaz en la Legislación Ecuatoriana, busca, analizar la nueva normativa que regula lo correspondiente a los despidos generados a ciertos grupos considerados vulnerables, que día a día luchan para que sus derechos sean respetados y reconocidos, ya con la Constitución de la Republica se ha generado muchos logros en cuanto a los derechos exigidos por los trabajadores, sin embargo, no ha cesado la arbitrariedad por parte de los empleadores, que sin justa causa, de un día para otro los empleados son despedidos de sus puestos de trabajo.

Con las reformas al Código de Trabajo, plasmadas en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, los dirigentes sindicales, trabajadoras embarazadas y en estado de maternidad, se ven beneficiados, y respaldados jurídicamente, con una especial protección, frente a los despidos, de los cuales han sido víctimas, mismos que se los ha hecho, sin tener motivo alguno.

Es por ello, que al desarrollar este interesante tema, que ha sido de gran aporte para el ámbito social, específicamente para el ámbito laboral, es mi labor como estudiante egresada de la Facultad de Derecho, analizar, la normativa con la finalidad de aportar un mejor conocimiento sobre la misma, y porque no decirlo, hacer hincapié, en la amplia protección y reconocimiento de derechos fundamentales que como trabajadores se les garantiza.

Palabras claves: VULNERABLES, DESPIDO, ESTABILIDAD, LABORAL, PROTECCIÓN, REMUNERACIÓN.



ABSTRACT

The present investigation titled The ineffective Dismissal of the Ecuadorian Legislation seeks to analyze the new norms that regulate the correspondent dismissal generated to certain groups considered vulnerable, that day by day fight so that their rights be represented and recognized. Through the Constitution of the Republic many goals have been gained. But considering the rights demanded for laborers on the other hand have been dismissed by employers that without just cause from one day tot he next fire their employees from their jobs.

With the reforms to the Work Code completely formed in the Organic Law for labor justice and recognition of the labor done through the maintenance of the home, the managers and pregnant workers see the benefits and juridical protection. This protection is in contrast to those workers that are victims and fired with no fault of their own.

It is the reason why developing this interesting theme has been of great support to the social sphere, specifically for the labor sphere. It is my duty as a graduate with a degree in Law to analyze the current rules with the goal of supporting a better understanding of the law. It must be stated as well that emphasis in the ample protection and recognition of the fundamental rights that laborers are guaranteed is also considered.

Keywords: VULNERABLE , DISMISSAL , STABILITY , LABOR PROTECTION, WAGE

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA.	8
AGRADECIMIENTOS.....	9
EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACION ECUATORIANA.	10
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I.....	13
ESTABILIDAD LABORAL EN LA LEGISLACION ECUATORIANA	13
1.1 ESTABILIDAD ABSOLUTA.	14
1.2 . ESTABILIDAD RELATIVA.	15
1.3 PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD.	16
CAPITULO II	19
EL DESPIDO INEFICAZ.....	19
2.1 GENERALIDADES.....	19
2.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN.	20
2.2.1 EL DESPIDO INEFICAZ A MUJERES EMBARAZADAS.	21
2.2.2 EL DESPIDO INEFICAZ A PERSONAS EN ESTADO ASOCIADO A SU CONDICIÓN DE GESTACIÓN O MATERNIDAD.	22
2.2.3 EL DESPIDO INEFICAZ A DIRIGENTES SINDICALES.	25
2.2.4 TRAMITE.....	31
CAPITULO III	34
EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACION COMPARADA (ANALISIS).....	34
3.1 Legislación Colombiana.....	34
3.2 Legislación Venezolana.....	38
CAPITULO IV	43
4.1 REGIMEN DE ESTABILIDAD DE GRUPOS SOCIALES CONSIDERADOS VULNERABLES.....	43
4.1.1 GENERALIDADES.....	43
4.1.2 CONCEPTO DE DISCRIMINACION.....	44
4.1.3 AMBITO DE APLICACIÓN.	45



4.2 REGIMEN DE ESTABILIDAD DE GRUPOS SOCIALES CONSIDERADOS VULNERABLES EN LA LEGISLACION COMPARADA (ANALISIS).....	48
CAPITULO V	54
ANALISIS DE LA SENTENCIA No 080-13-SEP-CC DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, CASO No 0445-11-EP POR DISCRIMINACION LABORAL A UN TRABAJADOR PORTADOR DE VIH.....	54
ANTECEDENTES.	54
Conclusiones y Recomendaciones.....	74
Conclusiones:.....	74
Recomendaciones:.....	76
Bibliografía.....	77



Universidad de Cuenca

Cláusula de Propiedad Intelectual

JESSICA ALEXANDRA QUEZADA GUZMAN, autora de la monografía "El Despido Ineficaz en la Legislación Ecuatoriana", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Junio de 2016

Jéssica Alexandra Quezada Guzmán

C.I. 0107123655



Universidad de Cuenca

Cláusula de Derechos de Autor

JESSICA ALEXANDRA QUEZADA GUZMÁN, autora de la monografía "El Despido Ineficaz en la Legislación Ecuatoriana", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de, Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, Junio de 2016

Jéssica Alexandra Quezada Guzmán

C.I. 0107123655



DEDICATORIA.

La presente monografía la dedico a mi hijita Sofía, quien llegó a mi vida para hacerme feliz y ser el motor que me ayudó a continuar con mis estudios. A mi esposo Andrés, por el apoyo y comprensión durante todo este tiempo.

Además, dedicó este enorme esfuerzo a mis padres Jaime, Wilson, Inés y Elenita, por todo el apoyo y consejos que me supieron dar a lo largo de toda mi vida.

A mis hermanos Andrea, Javier y Gabrielito, quienes confiaron en mí y por quienes me he esforzado, demostrándoles que en la vida todo se puede a pesar de los obstáculos que se presentan.

Por ultimo dedico esto, a mis tíos Asdrual y Graciela por la enorme confianza depositada en mí en cada etapa de mis estudios.

**A todos ustedes todo mi
esfuerzo y dedicación.**

**JESSICA ALEXANDRA
QUEZADA GUZMAN**



AGRADECIMIENTOS

Primeramente, el presente trabajo me gustaría agradecer a Dios por bendecirme y darme las fuerzas necesarias para cumplir una de mis mayores metas que tanto anhele.

A la Universidad de Cuenca, por darme la oportunidad de estudiar y hacer de mi una gran profesional.

De igual manera, a mi director de monografía, Doctor Fernando González Calle, por su visión crítica, por su rectitud en su profesión, actitudes que me han ayudado a crecer como persona y profesional, gracias por su tiempo y paciencia dedicada durante el desarrollo de la presente investigación.

Son muchas las personas que han sido testigos de este gran esfuerzo y perseverancia, mismas que de una u otra manera fueron un gran apoyo durante toda mi vida universitaria, amigos y familiares les agradezco por su amistad, consejos, ánimo y compañía, una vez más gracias.

EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACION ECUATORIANA.

INTRODUCCIÓN

El tema del despido ineficaz dentro de nuestra legislación, ha generado un gran impacto social, puesto que los trabajadores que en su momento fueron víctimas de vulneración en lo que respecta a sus derechos laborales, que como tales les corresponde, así lo garantiza nuestra Constitución, el Código de Trabajo, la Ley de Seguridad Social, y actualmente, con la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se plasma una figura nueva dentro de la legislación ecuatoriana, como es el Despido Ineficaz, misma que, no es, sino una protección especial, para ciertos grupos de trabajadores como son, trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad y para los dirigentes sindicales, cuya finalidad es que la relación de trabajo no se termine, cuando los mismos sean despedidos de sus puestos de trabajo, sin que medie causa justa para hacerlo, permitiéndoles que acudan a la Justicia y reclamen sus derechos que han sido vulnerados.

Dentro del primer capítulo se desarrolla de manera general la estabilidad relativa y la estabilidad absoluta, en cuanto a la primera cuando el trabajador es despedido intempestivamente de su trabajo, por el pago de una indemnización, por la segunda, la estabilidad absoluta, ha sido una gran aspiración que los trabajadores a lo largo de la humanidad han deseado adquirir, y que hoy en día se aplica para ciertos grupos de trabajadores, cuando el empleador fuera de los casos previstos por la ley, despide a un trabajador. De la misma manera, se desarrolla el principio de inamovilidad laboral del cual gozan los empleados, que sin ser funcionarios públicos gozan de el mismo, dentro de estos tenemos, a las trabajadoras embarazadas, en estado de maternidad, y los gremios sindicales, dotándoles de estabilidad laboral, amparados por la Ley, cuando los mismos sean víctimas de despidos arbitrarios.

En el segundo capítulo abordaré el despido ineficaz, iniciando con breves generalidades sobre la seguridad que la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar les otorga a ciertos grupos de trabajadores, no dejando de recordar, las luchas de los trabajadores frente a los empleadores, en cuanto a sus derechos que por tal condición les corresponde y que muchas de las veces han sido desconocidos e irrespetados por el injusto e improcedente actuar de sus patronos; así también, se hará mención a los tres sectores para quienes aplica esta figura del despido ineficaz, siendo los siguientes: mujeres embarazadas, personas en estado asociado a su condición de gestación o maternidad y dirigentes sindicales.

Dentro del mismo capítulo, se desarrolla de manera concreta el procedimiento al cual se deben ajustar los trabajadores que deseen reclamar sus derechos vulnerados por despido ineficaz, dotándoles del derecho a ser reintegrados a sus labores cuando el despido sea considerado ineficaz, , a más de que el empleador le cancele todas sus remuneraciones por el tiempo que dure el trámite con un recargo adicional, sin embargo, la ley le faculta al trabajador, en caso de que no desee regresar a su trabajo, optar por recibir una indemnización equivalente a un año, más la correspondiente a la que por despido intempestivo le pertenece; y, en el caso del empleador existe una sanción penal cuando el mismo no reintegra al trabajador a su puesto de trabajo.

De la misma manera, la Ley protege a los trabajadores que sean despedidos de su trabajo por discriminación, con una indemnización adicional a la que hace referencia este artículo, sin derecho al reintegro, mientras que, al tratarse de un trabajador que por motivo de discapacidad sea despedido intempestivamente, se regulará de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, tema que será analizado en el capítulo cuarto, juntamente con la legislación comparada.

En el tercer capítulo, se realizará un análisis de la legislación Colombiana y Venezolana sobre el tema del despido ineficaz, que si bien son legislaciones



similares a la ecuatoriana, tienen ciertas diferencias en cuanto a este tema. El objetivo de analizar la legislación comparada, es conocer de mejor manera, la regulación de esta figura en legislaciones ajenas a la nuestra, su ámbito de aplicación, las protecciones que gozan los diferentes fueros, como son, de las trabajadoras embarazadas como de los dirigentes sindicales, las respectivas indemnizaciones a las que tienen lugar, y constatar, una vez mas, que las protecciones que gozan estos grupos de trabajadores, se dan en diferentes legislaciones de Sudamérica, cada una de ellas con su particularidad, pero con una misma finalidad, conceder estabilidad laboral a los trabajadores cuando sus derechos fundamentales sean transgredidos.

Finalmente en el capítulo quinto se tomará como referencia una Sentencia ecuatoriana, la cual nos da a conocer claramente todo lo analizado con anterioridad, ya que se trata de un trabajador despedido por discriminación, se analiza detalladamente cuales fueron las razones y los motivos por los que la Corte Constitucional falla a favor de dicho trabajador, asegurando la tutela efectiva que el Estado constitucional de derechos y justicia garantiza a los ciudadanos.

CAPITULO I

ESTABILIDAD LABORAL EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

Para el desarrollo de la presente monografía, iniciare dando a conocer algunos criterios de diferentes Juristas respecto a la Estabilidad Laboral, con la finalidad de adquirir una mejor comprensión de la misma.

Para el Doctor Argentino Mario Deveali la estabilidad laboral es *“El derecho del trabajador a conservar su puesto de empleo durante toda su vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes, a no ser por alguna causa taxativamente determinada”*¹

*La protección del empleo y la permanencia de este ofrecen al trabajador una seguridad para su porvenir; en este sentido, la estabilidad del empleo consiste en ciertos principios del derecho del trabajo, “la justicia social, la protección y la continuidad”*²

*Dicho esto, la estabilidad presentaría una doble naturaleza; ello permitiría al trabajador por un lado conservar su empleo y por otro ver respetados sus derechos de antigüedad en la empresa, los cuales son la base de un gran número de derechos y garantías ofrecidas por el derecho de trabajo*³

En lo personal la estabilidad laboral no es más que un derecho que cada trabajador adquiere desde el momento que ingresa a prestar sus servicios, entendidos estos lícitos y personales, derecho que les brinda protección contra la inseguridad tanto al trabajador como a su familia, brindándoles una permanencia de trabajo para que así no existan arbitrariedades, pues de este modo estaríamos en una suerte de incertidumbre laboral.

¹ Mario Deveali. Derecho del Trabajo. (Buenos Aires: Astria, 1983).

² Ermida Uriarte. La Estabilidad del Trabajador en la Empresa. (España: Corporación Fara, 1999), 23.

³ H. Barbagelata. La Nuevas dimensiones del Derecho a la Estabilidad en el Trabajo: El Derecho a la Promoción y Capacitación. (Montevideo: 1984), 657-70.

Dentro de nuestra legislación laboral, se reconocen dos tipos de estabilidad; la estabilidad relativa, aplicable a casos previstos en el Código de Trabajo y la propia o absoluta, que no es sino una estabilidad protegida.

1.1 ESTABILIDAD ABSOLUTA.

Según el criterio de Trujillo, *“la estabilidad absoluta es la que responde consecuentemente, cuando el empleador pone fin al contrato fuera de los casos permitidos por la ley, el trabajador tiene derecho para demandar la restitución a su puesto de trabajo y el pago de la remuneración de todo el tiempo que hay permanecido fuera del trabajo a consecuencia del despido ilegal”*⁴

De la misma manera, el Profesor De La Fuente, manifiesta *“La estabilidad absoluta es la máxima garantía contra el despido arbitrario, destacando que se distingue de las otras formas de protección porque asegura la reincorporación efectiva del trabajador; o sea que el empleador no puede, en ningún caso, negar ese reingreso”*⁵

Para el Doctor Fernando González Calle, en uno de sus artículos, manifiesta: *“la estabilidad absoluta es entendida como el derecho a no ser removido del cargo, sino es por causas legalmente establecida previo a un tramite correspondiente...ante una desvinculación considerada ilegal, el derecho a comparecer al Juez a requerir al reintegro con el pago de sueldos y beneficios dejados de percibir...”*⁶

La estabilidad absoluta implica una limitación del empleador para dar por terminado la relación laboral con su trabajador, pues, se traduce en el derecho que goza cada trabajador a permanecer indefinidamente en su puesto de

⁴ Julio César Trujillo. Derecho del Trabajo. Tomo 1, (Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica, 2008).

⁵ Horacio de la Fuente. Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad. (Buenos Aires: Argentina: Fidenter, Alberti 835, 1976).

⁶ Fernando González, “El Despido: Ineficaz, Discriminatorio y la Carga de la Prueba”,... 2015, 2.

trabajo, a no ser que por su decisión o cuestiones contrarias a la voluntad del empleador se separe del mismo.

Desde mi punto de vista, este tipo de estabilidad no implica que el empleador, deba mantener a sus trabajadores de manera indefinida en su empresa, comercio o industria a toda costa, ya que la estabilidad absoluta se aplica únicamente en ciertas circunstancias y dentro de un determinado tiempo, de este modo, pues al ser dueño de su empresa, debería gozar de la libertad necesaria al momento de escoger a su personal de trabajo, claro esta, que no por ello debería actuar contrario a la ley, cuando se trate de despedir a un trabajador.

En lo que se refiere al reintegro a las funciones del trabajador, una vez que el mismo ha sido despedido; según mi criterio, viéndolo desde el punto de vista del empleador, el mismo preferiría, pagar una indemnización por despido que mantener a su trabajador indefinidamente en su empresa; mas, desde una perspectiva del trabajador, hay muchos factores que pesarían al momento de decidir si regresa o no al lugar de trabajo, teniendo presente que podría, por un lado, conservar su puesto de trabajo que ajustándose a la realidad, es lo que, el trabajador sin pensarlo dos veces escogería, pues necesita para su supervivencia, pero, por otro, estaría de por medio la falta de armonía y confianza entre él y su empleador en el desempeño de sus funciones, que de ser tal, lo llevarían a optar por demandar el despido intempestivo y recibir la correspondiente indemnización, a solicitar al Juez el reintegro a sus funciones; por lo que, pienso que no sería aplicable la estabilidad absoluta, sino que se mantendría la estabilidad relativa.

1.2. ESTABILIDAD RELATIVA.

“La estabilidad relativa, se da cuando violado el derecho a conservar el empleo, no se garantiza la reincorporación efectiva del trabajador, pero se prevé una justa indemnización”⁷

⁷ Horacio de la Fuente. Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad. (Buenos Aires: Argentina: Fidenter, Alberti 835, 1976).

“La estabilidad relativa es aquella en la que si bien no estoy sometido a plazo o condición alguna, el empleador esta facultado para terminar unilateralmente la relación laboral por el pago de una indemnización”⁸

La estabilidad relativa, no es sino, la decisión del empleador de dar por terminada la relación laboral, pagando una indemnización, este despido se da de forma arbitraria por parte del empleador, es por eso, que el trabajador tiene el derecho de recibir una indemnización por dicho despido.

Si bien, nuestra legislación laboral, acepta este tipo de estabilidad relativa, antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, con el cual se reforma el Código de Trabajo, para quienes tenían un contrato indefinido de trabajo, adquirirían una seguridad dentro de su puesto de trabajo, se pensaba que por el hecho de que este contrato no tenía fecha de finalización, no concluiría jamás la relación laboral, a no ser que exista acuerdo de las partes para dar por terminado el contrato, debía existir una causal contempladas en los artículos 172 y 173 del Código de Trabajo, para que el mismo sea concluido y de este modo se de fin a la relación laboral, sin embargo, los trabajadores en muy pocas ocasiones han utilizado dichas causales en contra de sus empleadores, ya que se aferran al trabajo por las necesidades propias y de su familia. Es por ello que con esta nueva Ley, se incorpora el despido ineficaz, cuya finalidad es reforzar la estabilidad laboral de grupos y efectivizar el principio de inamovilidad laboral, tema que desarrollare a continuación.

1.3 PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD.

Para Guillermo Cabanelas *“el principio de inamovilidad es el derecho **de ciertos** funcionarios y empleados de no ser despedidos trasladados, suspendidos ni jubilados, sino por alguna de las causas previstas en las leyes; ampara de modo preferente a los miembros del poder judicial, para que sin*

⁸ Fernando González, “El Despido: Ineficaz, Discriminatorio y la Carga de la Prueba”, Agosto 31 de 2015,2.

ningún genero de coacción, puedan velar por el derecho administrando justicia, guiados únicamente por su constancia y perpetua voluntad y su ilustre conciencia.”⁹

En el diccionario Jurídico Venezolano, existe una definición de inamovilidad que señala lo siguiente: “es el derecho que tienen los **empleados públicos** a no ser separados de sus cargos sino es por causas de mala conducta, ineptitud o negligencia en el desempeño de sus funciones, a condición de que se les haya seguido un expediente previo, en el cual han de ser oídos, o bien por haber alcanzado la edad de su jubilación. Se entiende que la inamovilidad integra un derecho del empleado y una garantía para la buena marcha de la administración pública, sea nacional, provincial o municipal. Fácilmente es comprensible que dicha garantía, importe para las distintas ramas administrativas, presenta trascendencia infinitamente mayor cuando la inamovilidad esta referida a los funcionarios del poder judicial.”¹⁰

Tanto el Diccionario de Cabanelas como el Diccionario Venezolano, tienen una particularidad, y es que, se refieren, a que el Principio de inamovilidad, es únicamente para un cierto sector de trabajadores, funcionarios o empleados, ya que antiguamente, se hablaba del Principio de Inamovilidad únicamente para los Jueces y Magistrados, pues lo que se buscaba era garantizar la independencia funcional de los mismos, pues existía gran influencia ideológica y política.

Esto me lleva a realizar una crítica, y diré, que desde mi punto de vista, este Principio ha sido utilizado y aplicado de forma discriminatoria, pues únicamente su aplicación estaba sectorizada, como lo había mencionado en líneas anteriores para Jueces y Magistrados, sin embargo, hoy en día con la Constitución del 2008, existe una garantía en la que todas las personas gozamos de los mismos derechos y oportunidades.

⁹ Guillermo Cabanelas. Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual. Tomo 2, (Buenos Aires: Eliasta, S.R.L, 1979).

¹⁰ Diccionario Jurídico Venezolano. Tomo2, (Caracas: Lider Editores SA, 1980).

Dentro de la historia Ecuatoriana se ha vivido tres momentos en cuanto al tema de la estabilidad. El primero: quienes prestan sus servicios en el sector Público, sujetos a la estabilidad absoluta y para quienes están regulados por el Código de Trabajo, estabilidad relativa..., el segundo: se Publica el Decreto Ejecutivo N°813 que reforma el Reglamento General a la LOSEP y se incorpora la renuncia obligatoria, “Cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización” (el énfasis es mío), con la cual tanto el sector público como el régimen del código de trabajo están sujetos a los beneficios de la estabilidad relativa; y un tercer momento, con la vigencia del despido ineficaz, se genera grupos de personas beneficiarias de la estabilidad absoluta o del principio de inamovilidad, los demás públicos y privados mantienen la estabilidad relativa.

De modo que, a raíz de la vigencia de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se ha implementado el Principio de inamovilidad para trabajadores que sin ser funcionarios Públicos gozan de el mismo, como son, las trabajadoras embarazadas, en estado de maternidad, y los gremios sindicales, dotándoles de estabilidad laboral, pues recordemos, que la Constitución garantiza y tutela a las personas que son parte de los llamados grupos vulnerables dentro de la sociedad, claramente podemos evidenciar, la fuerza que tiene el Estado para dotar de protección a estos grupos, y esto se ve reflejado, hoy por hoy, con la figura del despido ineficaz regulado en la nueva Ley Orgánica para la Justicia Laboral y reconocimiento del trabajo en el Hogar.

Por lo tanto, es necesario señalar que el Principio de la Inamovilidad, tiene un alcance funcional mucho más amplio que la sola protección del cargo, el cual se traduce en garantizar y tutelar los derechos de estos grupos de trabajadores, que se encuentran en estado de subordinación.

CAPITULO II

EL DESPIDO INEFICAZ

2.1 GENERALIDADES.

La Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar contempla una nueva figura que se integra al Código de Trabajo: el despido ineficaz para trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara, así también para los dirigentes sindicales, así lo manifiesta el artículo 195.1 del Código de Trabajo.¹¹

Esta regulación es un avance positivo en la protección a la estabilidad laboral, ya que a raíz de la misma, los trabajadores gozan de mayor seguridad en sus puestos de trabajo, puesto que, desde siempre ha sido una gran lucha el poder conservar los mismos, siempre con esa incertidumbre de ser despedidos en cualquier momento.

Este Proyecto contiene disposiciones expresas que benefician al trabajador, entre ellas, la estabilidad laboral, la nulidad del despido a mujeres embarazadas y a dirigentes sindicales, así como la sanción al despido intempestivo por injurias discriminatorias y la creación de una instancia para promover el dialogo social entre los trabajadores, empleadores y el estado.

Como manifiesta el tratadista De La Cueva *“la estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: la permanencia, la persistencia o duración indefinida de la relación de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución. La primera parte es la esencia misma de la estabilidad de los trabajadores*

¹¹ Ecuador, Ley Orgánica de la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar [2015], art. 195.1 Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz “se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad en razón del principio de inamovilidad que les ampara. Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187”.

en los empleos y la segunda es su seguridad o garantía, si esta seguridad falta, la estabilidad seria una mera ilusión”¹²

En conclusión, el despido ineficaz permite equiparar esa desigualdad existente desde hace muchos años atrás, entre la parte trabajadora y empleadora, por lo que, a través de esta figura, lo que pretende es proteger y poner un alto, a los despidos arbitrarios e injustificados, provenientes de la parte más fuerte de una relación laboral, viéndose de esta forma, vulnerados derechos fundamentales de la parte débil, mismos que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución, de este modo, con el despido ineficaz, se busca, que esa arbitrariedad unilateral, cuando es sin causa justa, discriminatoria, o ilícita, quede sin efecto.

2.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN.

La Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, plantea la figura del despido ineficaz, como una protección especial dentro del ámbito laboral, a tres sectores, que por diferentes condiciones han sido considerados como grupos vulnerables, y que por lo tanto, el Estado pone énfasis en la creación de estas normas para proteger y garantizar sus derechos consagrados en la Constitución de la República, siendo los siguientes: El despido ineficaz a mujeres embarazadas, el despido ineficaz a personas en estado asociado a su condición de gestación o maternidad y el despido ineficaz a dirigentes sindicales.

Para lo cual, iniciaré con un breve comentario de cada uno de ellos, teniendo presente que tanto el primero y el segundo grupo van ligados, al tratarse de la mujer trabajadora; concluyendo con la explicación del correspondiente trámite al cual están sujetos.

¹² Mario de la Cueva. El Derecho Mexicano. (México: 1978), 774.

2.2.1 EL DESPIDO INEFICAZ A MUJERES EMBARAZADAS.

El embarazo es el período de tiempo comprendido, desde la fecundación del óvulo hasta el momento del parto, siendo este, un estado en el cual la mujer, experimenta un sin número de cambios, físicos, psicológicos, en si, pasa por una etapa de vulnerabilidad, por lo que requiere una protección especial, que le garantice que no va a perder su empleo por su embarazo, puesto que sigue siendo una trabajadora mas, con derechos y oportunidades, como cualquier otro trabajador.

De tal manera, que el Código de Trabajo, en su artículo 154 inciso tercero,¹³ antes de la reforma, contenía una protección limitada, pues únicamente se refería a la mujer embarazada, es decir, mientras dure tal estado, por lo que, los empleadores al no poder despedirla dentro de este período, esperaban a que una vez culminado el mismo, es decir, producido el parto, despedirla de su trabajo, indemnizando a la trabajadora, de acuerdo al artículo 154 inciso cuarto, ¹⁴ con la reforma a la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo no Remunerado en el Hogar, en su artículo 195.1 ¹⁵, se plantea como nueva figura, la prohibición del despido y la declaratoria de ineficaz enfocada para trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad.

Según la opinión del asambleísta Fausto Cayambe, respecto al despido de trabajadoras en estado de embarazo, dice:

¹³Ecuador, Código del Trabajo, (30 de marzo de 2011), art. 154.3: "Incapacidad para trabajar por enfermedad debida al embarazo o al parto: salvo en los casos establecidos en el artículo 172 de este código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo..."

¹⁴ Ibíd; art. 154.4: "Incapacidad para trabajar por enfermedad debida al embarazo o al parto: ...el inspector del trabajo ordenara al empleador pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten".

¹⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar [2015], art. 195.1: "Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- se considera despido ineficaz el despido intempestivo...en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad... se aplicaran a los dirigentes sindicales".

“Ahora lo que estamos haciendo es terminando ese sistema de indemnización y planteando que no puede ser despedida una mujer embarazada por esa condición. Ese despido es declarado nulo”.¹⁶

Entonces, la reforma lo que busca es evitar esta situación, ampliando la protección incluso una vez concluido el embarazo, sin embargo, no se ha definido con exactitud hasta que momento la trabajadora esta amparada con este nuevo beneficio, quedando como única referencia para la aplicación, el período de lactancia por 12 meses posteriores al parto como lo hace referencia el artículo 155 del mismo Código.

Es mediante, el despido ineficaz, que hoy en día, la trabajadora embarazada, goza de mayor protección en el ámbito laboral, ya que, por lo general, en la práctica, era común, el hecho de que, al presentarse a una entrevista de trabajo una mujer, una de las principales preguntas era, si es casada, generando, miedo y temor, de no ser contratada, por este particular, y mucho peor, si estaba en estado de embarazo; y no solo, antes de ser contratada, sino que, estándolo, la trabajadora, debía mantener en secreto por así decirlo, si es que la misma estaba embarazada, pues lo que se quería evitar, era ser despedida de su trabajo, ya que, los empleadores, por el solo hecho de tener conocimiento de que una trabajadora este en ese estado, era una situación incomoda para los mismos, puesto que, les generaría un “gasto más”, al momento de repartir las utilidades, pues era “una carga más”, sin recordar, que al ser una persona igual que cualquier otra, deberá gozar de los mismos derechos y oportunidades, sin discriminación alguna, de este modo se alcanzaría una genuina igualdad entre todos los trabajadores.

2.2.2 EL DESPIDO INEFICAZ A PERSONAS EN ESTADO ASOCIADO A SU CONDICIÓN DE GESTACIÓN O MATERNIDAD.

Otro de los grupos que se encuentran amparados por la figura del despido ineficaz, dentro de la reforma a la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del

¹⁶ “Los derechos laborales de 3 minorías mejoran”, El Telégrafo (Guayaquil, 17 marzo 2016), 4.



Trabajo no Remunerado en el Hogar, es el de las personas en estado asociado a su condición de gestación o maternidad.

El fuero de maternidad tiene sus fundamentos en la norma Constitucional, pues su mayor objetivo es evitar que la trabajadora que se encuentra en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional, es por ello, que el estado cumple un papel fundamental, al comprometerse a que el derecho a la igualdad sea real y efectivo, y de esta manera, lograr que las personas que por su situación de debilidad, ya sea esta física, psicológica, encuentren protección.

Por lo tanto, se consagra una protección especial a la mujer en su condición de gestación y maternidad, y esto, sin perjuicio de que labore o no, la finalidad mayor, es que la misma no sea sometida a ningún tipo de discriminación, si no que, mas bien, se le brinde el apoyo y asistencia, durante y después del parto, teniendo presente que en diversas ocasiones, la misma puede ser cabeza de la familia, de este modo, no solo se pretende proteger a la madre trabajadora como tal, sino evitar también daños a la salud de sus hijos, pues necesitan un tiempo adecuado después del dar a luz, para su recuperación y la lactancia, al mismo tiempo, se busca, garantizar a la madre trabajadora, que no va a perder su trabajo por el solo hecho del embarazo o por el período de tiempo que se ausente del mismo a causa de la maternidad.

Toda esta protección lo encontramos respaldada, tanto en nuestra Constitución, como en diversos Tratados Internacionales, así por ejemplo:

El Convenio sobre la protección de la maternidad C183, entrada en vigor el 7 de febrero del 2002, en su artículo 8 y artículo 9 establece lo siguiente:

Artículo 8.- *“Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esta embarazada..., o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que a e determinase en la legislación nacional, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia...”*

Artículo 9 inciso primero.- “Todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo...”

Al respecto la Constitución de la República del Ecuador establece que:

Artículo 331 inciso 2.- “Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso, o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta que afecte a las mujeres en el trabajo “

Artículo 43.- “El estado garantizará a las mujeres embarazadas y en período de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad de los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para la recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia”.

“Si bien la maternidad es un estado que implica un trato diferente, su protección no es, sino, una premisa del principio de igualdad y no una excepción de este, puesto que asegura el acceso equitativo a oportunidades en el ámbito laboral”.¹⁷

En conclusión, debo manifestar que si bien el objetivo de las políticas de protección a la maternidad, está enfocado a garantizar una igualdad de oportunidades dentro del ámbito laboral para las mujeres, se debería, poner más énfasis en cuanto a concientizar a los empleadores, y por que no decir, a la sociedad, que la mujer que se encuentre en un estado ya sea de embarazo o maternidad, no se le debe atentar contra su derecho al trabajo, pues solo así, se evitaría, que, por este hecho, su seguridad económica y de empleo se vean afectadas y a su vez que con estas reformas los empleadores no dejen

¹⁷ Vanessa Zavala, “Ponencia en el IV Congreso Sudamericano de Derecho Laboral y Seguridad Social”, edición electrónica, www.garciaypartners.com/ponencia-en-el-iv-congreso-sudamericano-de-derecho-laboral-y-seguridad-social/. (15 marzo 2016).



de contratar a mujeres, más aun si son casadas o jóvenes, pues todas las personas somos merecedoras de acceder a un puesto de trabajo.

2.2.3 EL DESPIDO INEFICAZ A DIRIGENTES SINDICALES.

Los principios fundamentales que garantizan las Asociaciones de Trabajadores, son: la Libertad de Asociación, la protección del Estado y el Reconocimiento Jurídico, manifestado en la Constitución Política de la República y el Código de Trabajo.

La Constitución Política de la República, en el Art. 31, literal h., garantiza la asociación sindical de los trabajadores y su libre desenvolvimiento de conformidad a la Ley.

El Código de Trabajo en el Art. 447, obliga que las Autoridades del Trabajo, a que auspicien y fomenten la conformación de Sindicatos, Federaciones y Confederaciones, que cumplan con las formalidades y finalidades legalmente establecidas. Se limita el derecho a las empresas o negocios que no tengan por lo menos treinta trabajadores.

Estos principios generales, se consagran al reconocer el derecho de los Trabajadores y Empleados, sin distinción, de constituirse en Asociaciones Profesionales o Sindicatos.

Las asociaciones se constituyen de forma organizada para la consecuencia de los fines de defensa de sus intereses y, que al obtener el reconocimiento jurídico adquieren la personería jurídica con atributos para su determinación y capacidad civil relativa para ejercer derechos y obligaciones, por medio de sus representantes legales, o dirigentes sindicales.



El Ministerio de Trabajo es el encargado de reconocer jurídicamente el contrato constitutivo, y en cuanto al registro, es de responsabilidad de la Dirección General del Trabajo, del mismo Ministerio.

Dentro del Código de Trabajo, se encuentran plasmados varios artículos que regulan el tema de las asociaciones y sindicatos, por lo que a continuación, transcribiré algunos de ellos.

Artículo 440.- Libertad de asociación.- *Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones.*

Las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho de constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, así como afiliarse o retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores.

Todo trabajador mayor de catorce años puede pertenecer a una asociación profesional o a un sindicato.

Las organizaciones de trabajadores no podrán ser suspendidas o disueltas, sino mediante procedimiento oral establecido en este Código. Si la suspensión o disolución fuere propuesta por los trabajadores éstos deberán acreditar su personería.

Cuando un empleador o empresa tuviere varias agencias o sucursales en diferentes provincias, los trabajadores en cada una de ellas pueden constituir sindicato o asociación profesional. Los requisitos de número y los demás que exija la ley se establecerán en relación con cada una de tales agencias o sucursales.

Artículo 442.- Personería jurídica de las asociaciones profesionales o sindicatos.- *Las asociaciones profesionales o sindicatos gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la ley y constar en el registro que al efecto llevará la Dirección Regional del Trabajo. Se probará la existencia de la asociación profesional o sindicato mediante certificado que extienda dicha dependencia.*

Con todo, si una asociación profesional o sindicato debidamente constituido ha realizado actos jurídicos antes de su inscripción en el registro y luego de la remisión de los documentos de que trata el artículo siguiente, el efecto de la inscripción se retrotrae a la fecha de la celebración de dichos actos jurídicos.

Artículo 443.- Requisitos para la constitución de asociaciones profesionales o sindicatos.- Para los efectos contemplados en el artículo anterior los fundadores, en número no menor de treinta al tratarse de trabajadores, o de tres al tratarse de empleadores, deben remitir al Ministerio de Trabajo y Empleo, en papel simple, los siguientes documentos:

1. Copia del acta constitutiva con las firmas autógrafas de los concurrentes. Los que no supieren firmar dejarán impresa la huella digital; Detalle
2. Dos copias del acta determinada en el ordinal anterior, autenticadas por el secretario de la directiva provisional; Detalle
3. Tres ejemplares de los estatutos del sindicato o asociación profesional, autenticados asimismo por el secretario de la directiva provisional, con determinación de las sesiones en que se los haya discutido y aprobado; Detalle
4. Nómina de la directiva provisional, por duplicado, con indicación de la nacionalidad, sexo, profesión, oficio o especialidad, lugar o centro del trabajo y domicilio de cada uno de ellos; y, Detalle
5. Nómina de todos los que se hubieren incorporado al sindicato, asociación profesional o comité de empresa, con posterioridad a la asamblea general reunida para constituirlos, con especificación del lugar de su residencia, la profesión, oficio o especialidad y el lugar de trabajo de los integrantes. Detalle

Artículo 444.- Registro de asociaciones profesionales o sindicatos.- Recibida la documentación en el Ministerio de Trabajo y Empleo, el Ministro, en el plazo máximo de treinta días, ordenará el registro del nombre y características del sindicato o asociación profesional en el libro correspondiente de la Dirección Regional del Trabajo.

En caso de que el Ministro no hubiere cumplido con lo dispuesto en el inciso anterior, o en el artículo siguiente, quedará de hecho reconocida la personería jurídica del sindicato o asociación profesional.



Artículo 445.- Negativa de registro.- Si los estatutos contuvieren disposiciones contrarias a la Constitución Política de la República o a las leyes, el Ministro de Trabajo y Empleo dispondrá que no se registre la asociación profesional o sindicato, y dentro del plazo fijado en el artículo anterior, lo comunicará la asociación profesional o sindicato, indicando las razones de orden legal que fundamenten la negativa.

Artículo 448.- Voluntad expresa para asociarse.- Para pertenecer a cualquier asociación legalmente constituida es indispensable que conste por escrito la declaración expresa de que se quiere integrar a tal asociación.

Carecen de valor legal las disposiciones estatutarias de todas aquellas asociaciones que consagren como sistema de afiliación el de presumir la voluntad de los socios.

Artículo 449.- Integración de las directivas.- Las directivas de las asociaciones de trabajadores, de cualquier índole que sean, deberán estar integradas únicamente por trabajadores propios de la empresa a la cual pertenezcan, aún cuando se trate de cargos de secretarios, síndicos o cualquier otro que signifique dirección de la organización.

Artículo 452.- Prohibición de desahucio y de despido.- Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá desahuciar a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva.

De producirse el despido o el desahucio, no se interrumpirá el trámite de registro o aprobación de la organización laboral.

Para organizar un comité de empresa, la asamblea deberá estar constituida por más del cincuenta por ciento de los trabajadores, pero en ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores.

En cuanto a la Asamblea del sindicato, estará constituida por la asamblea general y la junta directiva. La asamblea constituye la máxima autoridad de la institución y la constituye en todos los afiliados los cuales tendrán derecho a voz y voto.



La junta directiva es la que tendrá la dirección y administración de los asuntos del sindicato y será responsable para con este y terceras personas.

La junta directiva esta constituida por un presidente, un vicepresidente, un tesorero, un secretario y cinco vocales elegidos por los miembros de la asamblea por un período de tres años.

Ahora bien, dentro de la Ley de Justicia Laboral, en su artículo 33 que sobre Garantías para dirigentes sindicales se refiere, establece lo siguiente:

“El despido intempestivo de la trabajadora o el trabajador miembro de la directiva de la organización de trabajadores será considerado ineficaz. En este caso, el despido no impedirá que el trabajador siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del periodo establecido.

Esta garantía se extenderá durante el tiempo en que el dirigente ejerza sus funciones y un año más...

Sin embargo el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causas determinadas en el artículo 172 de este código.”

Este artículo, reemplaza al artículo 187 del Código de Trabajo, el cual en su inciso primero establecía que si un trabajador miembro de la directiva, era despedido intempestivamente, debía ser indemnizado con una cantidad equivalente a la remuneración de un año, sin perjuicio de que siga perteneciendo a la directiva hasta que finalice el período para el cual fue elegido, debiendo dicha indemnización repartirse en partes iguales a la asociación a que pertenezca el trabajador incluido éste, como lo manifestaba el inciso tercero.

De este modo, se consagra el derecho al trabajo y no el derecho al despido, es por eso que el artículo 35 de la Ley de Justicia Laboral, elimina la indemnización que consagra el artículo 187 del CT, pues al ser despedido un trabajador que pertenezca a una directiva sindical intempestivamente, simplemente será considerado ineficaz, pudiendo continuar dentro de la directiva.

El Dr. César Toledo,¹⁸ define al fuero sindical partiendo de dos puntos de vista:

El punto de vista restringido lo define como la garantía de estabilidad laboral otorgada por la ley o por convenio a determinados trabajadores en atención a los cargos de dirigentes o de representación sindical que desempeñan para no ser despedidos ni trasladados, ni modificadas sus condiciones de trabajo sin justa causa debidamente calificada por autoridad competente y para ser reincorporadas en sus empleos una vez que cesaron en las funciones de dirigentes. En lo que conciernen al sujeto protegido, pues solo ampara a los dirigentes sindicales, no a los demás trabajadores.

Desde el punto de vista más amplio, la doctrina entiende o lo define, como la garantía especial que la ley otorga a los trabajadores sindicalizados, que consiste en la prohibición impuesta al patrón de despedirlo o alterarle las condiciones del contrato de trabajo con motivo de su actividad sindical, bajo el entendido de que la protección especial solo deriva de la ley, sino que puede ser otorgada de convención colectiva y que hay que fundamentar la concesión de privilegio en razón a la actividad sindical, de tal manera que la protección que otorga en relación directa a la necesidad de dar plenas garantías a la actividad que ciertos trabajadores deben realizar.

De acuerdo a las definiciones plasmadas anteriormente, se puede decir, que la reforma se identifica con el concepto restringido, ya que, la protección que se les otorga a los dirigentes sindicales, viene a ser un conjunto de normas tendientes a garantizar la estabilidad en el empleo únicamente al dirigente, con el objeto de asegurar y proteger el ejercicio normal de sus actividades sindicales, de esta forma, se sanciona, toda forma de discriminación antisindical en sus diversas manifestaciones.

¹⁸ César Corsi Toledo. Tutela de la Libertad Sindical. sf: 57.

2.2.4 TRAMITE.

En la reforma, si se despiden intempestivamente a la trabajadora embarazada, a la persona en un estado asociado a su condición de gestación o maternidad y al dirigente sindical, basta que se cumpla este hecho, los mismos, tienen derecho a plantear la siguiente acción:

Deberán presentar una demanda ante el Juez del Trabajo del cantón donde se produjo el hecho, en el plazo máximo de treinta (30) días, es decir, culminado este plazo prescribe la acción y no podrá interponer juicio, como, anteriormente, se tenía hasta tres años para el reclamo de las indemnizaciones.

Admitida a trámite, se citará al empleador en un plazo máximo de veinticuatro (24) horas, y en la misma providencia se podrá dictar medidas cautelares de restitución provisional, para reintegrar al trabajador(a) de inmediato mientras dure el trámite (Art. 195.2 C.T). Dichas medidas podrán ser apeladas únicamente cuando exista una resolución que niegue la revocatoria de las mismas.¹⁹

Tanto a la demanda como a la contestación se deberá acompañar las respectivas pruebas de las que dispongan las partes y solicitarán las que deban practicarse.

La audiencia deberá llevarse a cabo dentro de las 48 horas siguientes a la citación, misma que iniciará por la conciliación, que de existir acuerdo, se autorizará por sentencia, y, a falta de acuerdo, se practicarán las pruebas solicitadas por las partes y se correrá traslado de la prueba documental que debió ser adjuntada por las partes en el momento oportuno.

¹⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [2005], art. 33.- “Resolución: ...la Jueza o Juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación”. art. 35.- “Revocatoria:...cuando la Jueza o Juez considere que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, que podrá ser apelado en el término de tres días”.

La carga de la prueba, le corresponde a la trabajadora embarazada, para lo cual, de tratarse de la mujer embarazada, en estado de gestación o maternidad, lo hará presentando un certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o en su defecto, por otro facultativo, y de ser el caso de un dirigente sindical, deberá presentar no solo el nombramiento por parte de la asamblea constituida sino el registro en el Ministerio de Trabajo.

Si se comprueba la ineficacia del despido, el Juez o Jueza de Trabajo deben dictar la sentencia en la misma audiencia y de esta solo se admitirá el recurso de apelación con efecto devolutivo, es decir, se podrá ejecutar la sentencia mientras se tramite el recurso ante la Corte Provincial de Justicia, este recurso lo deberá hacer únicamente el empleador cuando la sentencia admita la ineficacia del despido, en el caso del trabajador que reciba negativa de su pretensión no podrá interponer el recurso de apelación.

Por lo tanto, al declararse la ineficacia del despido, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido y se ordenará el pago inmediato de las remuneraciones pendientes con un recargo del 10%.

Es necesario plantear dos supuestos que se pueden presentar:

- Si los trabajadores, pese a la declaratoria de ineficacia del despido, deciden no continuar con la relación de trabajo, recibirán una indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que percibía, aparte de lo que le corresponda por despido intempestivo en general.
- Si el empleador decide no integrar al trabajador(a), a pesar de que el Juez ordene lo contrario, éste será sujeto a la pena establecida en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal, que va de 1 a 3 años, por delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.



Es importante señalar que el artículo 195 de la Ley de Justicia Laboral propone un proceso simplificado y rápido de la acción de despido ineficaz, está concebido para que dure tres días contados desde la calificación de la demanda, sin embargo, sobre el tema de la citación, la ley establece el plazo de 24 horas para que el empleador sea citado, es lógico que se trata de una citación personal, puesto que, según el Código Orgánico General de Procesos, no se podría realizar por boletas, ni por medios de comunicación, pues para estas, es necesario hacerlo en tres días o fechas distintas, y el tiempo que otorga la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo no Remunerado en el Hogar, es demasiado corto, que en el caso de presentarse una situación ajena a la voluntad del empleador y que el mismo no pueda ser citado, se vería afectado a su derecho a la defensa, y por lo tanto, aplicando lo que manifiesta el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, el mismo podría alegar nulidad del proceso por falta de solemnidad sustancial, que sería la falta de citación con el contenido de la demanda.

CAPITULO III

EL DESPIDO INEFICAZ EN LA LEGISLACION COMPARADA (ANALISIS).

3.1 Legislación Colombiana.

*Colombia es un Estado Social de derechos, así lo establece el artículo 1 de la Constitución Política, el cual hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes de un país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.*²⁰

*Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo: que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador. La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez. La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable a ser despedido por causas distintas al trabajo que desempeña.*²¹

Las normas generales de protección a la maternidad están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, referentes al derecho a la licencia y la lactancia, y la prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y la licencia de maternidad, según lo dispone el Artículo 2 de la Ley 1468 de 2011 cuyo texto establece:

Artículo 2. *Modifíquese el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual quedará así:*

Artículo 239.- Prohibición de despido:

²⁰ Colombia, Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-426, 1992.

²¹ Armando Rojas, "Fuero de Maternidad Garantía a la Estabilidad Laboral", Revista de Derecho Universidad del Norte (Quito, 28 enero 2003), 126-41.

1. *Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.*
2. *Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades del que trata el artículo 240 del CST.*
3. *Las trabajadoras del que trata el numeral uno de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.*
4. *En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de catorce semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley si no ha disfrutado de la licencia por maternidad. (...)*

Comentario

De la norma antes expuesta, se colige la existencia de una amplia protección para la mujer trabajadora en su estado de embarazo, maternidad y lactancia, tal como sucede en nuestra legislación, sin embargo, existe una diferencia en cuanto al pago de la indemnización en caso de existir un despido ineficaz, en el caso del Ecuador, como ya se explicó en el capítulo anterior, de existir dicho despido, la trabajadora será reintegrada a su lugar de trabajo pagándole las remuneraciones pendientes con una recarga del 10%, y en el caso de que la misma no decida reintegrarse recibirá una indemnización equivalente a un año de remuneración más la indemnización que por despido intempestivo le corresponde. En el caso colombiano, cuando una trabajadora es despedida sin autorización del Inspector de Trabajo, será indemnizada con sesenta días de remuneración, ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, habla acerca de una diferenciación entre un despido injusto de un despido ilegal.

Con respecto al despido injusto, se da cuando un trabajador ha sido despedido sin que se le comunique las causas o motivos para dicho despido, aún, cuando posterior a esto, es decir, dentro de la sustanciación del trámite, se demuestre que sí existieron causas para dar por terminada la relación laboral, por lo tanto

al no haber existido autorización por parte de la Autoridad competente, este es, el Inspector de Trabajo, el trabajador tendrá derecho a una indemnización.

En cuanto al despido ilegal, es aquel que, al no existir causa justa para dar por terminada la relación laboral, es considerado INEFICAZ, y lo que persigue es el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo.

Lo que se podría colegir que la diferencia entre el despido injusto del despido ilegal, es que, el primero, aunque exista causa justa, si el Inspector de trabajo no autoriza la terminación de la relación laboral, gozará de una indemnización, mas no tiene derecho al reintegro el trabajador, mientras que en el segundo, el trabajador puede reintegrarse a su trabajo, pues en este, no existe causa justa alguna.

De modo que es el despido ilegal el que se encuentra dentro de la figura del despido ineficaz. Sin embargo, no siempre se produce el reintegro de la trabajadora, eso sucede solo si se cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 241 del CST²².

(...)Ya la Sala en otras oportunidades, al establecer la diferenciación entre el despido ilegal y el injusto, preciso que si se omite señalar la causal o el motivo por parte del empleador para desvincular a un trabajador, el despido resulta injusto. Así se indico en la sentencia del 16 de mayo de 2001, radicación 14777, en la que se dijo: considera la Sala que si la Ley reviste de ciertas formas un acto de tanta trascendencia, como es la terminación del contrato por decisión unilateral de las partes, si ellas no se cumplen la terminación así producida no puede considerarse como justa, porque tales formas son consustanciales a la calificación del despido. Así por ejemplo, si se omite la manifestación a la otra parte de la causal o motivo que determina la decisión unilateral para terminar el vínculo contractual, la terminación del vínculo laboral se ha considerado siempre como injusta, aun cuando se compruebe con posterioridad la existencia de una justa causa. Por la misma razón la jurisprudencia considero que la omisión del preaviso acarrea al patrono el pago de la indemnización

²² Colombia, Código Sustantivo del Trabajo. sf, art. 241. Conservación del Puesto. “el patrono esta obligado a conservar el puesto a la trabajadora que este disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o que se encuentre incapacitada por enfermedad relacionada con el embarazo”



correspondiente a los despidos sin justa causa, aun cuando estuviera comprobada la causal.

Pero se ha dicho por la Corte que el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, consagraba la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato y que el artículo 8vo del decreto 2351 de 1965 consagra la indemnización ahí prevista en el caso de terminación unilateral sin justa causa comprobada por parte del patrono, por lo cual únicamente cuando no se comprueba la justa causa hay lugar a la indemnización, pero no cuando se omite el preaviso, porque en estos casos el despido puede ser ilegal, pero no sin justa causa comprobada.²³

Lo que manifiesta dicha Sala es aplicable también para el caso de los trabajadores que gozan de Fuero Sindical, pues, así lo respalda el Artículo 405 del Código Sustantivo de Trabajo de Colombia, que dice:

“Se denomina “fuero sindical” la garantía del que gozan algunos trabajadores de no ser despedido, trasladados ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa, previamente calificada por el Juez de Trabajo”.

Quienes están amparados por el Fuero Sindical:

Artículo 406 Código Sustantivo del Trabajo.- Trabajadores Amparados. Están amparados por el fuero sindical:

- a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de la notificación, hasta 15 días después de la publicación, en el diario oficial, del reconocimiento de la personería jurídica, sin pasar de tres (3) meses;
- b) Los trabajadores distintos de los fundadores que con anterioridad a la concesión de la personería jurídica ingresen al sindicato en formación, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;
- c) Los miembros de la Junta Directiva Central de todo sindicato, federación y confederación de sindicatos, sin pasar de cinco principales y cinco suplentes, y los miembros de las subdirectivas o comités seccionales de los sindicatos previstos en los respectivos estatutos, y que actúen en municipio distinto de la sede la Directiva Central sin pasar del mismo número, sin que pueda existir más de una subdirectiva o comité seccional en cada municipio (...).

²³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia T33758, 17 febrero 2009.

El artículo 405, además, amplía la protección para los casos en que los trabajadores sean removidos de su puesto de trabajo para el cual fueron contratados y en los casos en que desmejoran su condición laboral.

Comentario

El Estado Colombiano se ha preocupado por garantizar una protección a ciertos grupos, sectores o personas, que por encontrarse en una situación de desventaja o inferioridad han sido de una u otra forma vulnerada sus derechos.

El tema de la estabilidad laboral ha sido un asunto de gran lucha por parte de los trabajadores a lo largo de la historia, pues su ideal ha consistido en conseguir una estabilidad absoluta y que solamente, cuando los mismos incurran en justa causa, el empleador pueda dar por terminada la relación laboral, en este caso, dependerá únicamente del trabajador como ejecute sus funciones de lo contrario, si el empleador no acude ante la Autoridad competente, el despido será considerado Ineficaz y se le ordenara el reintegro al trabajador.

Dentro de la misma legislación, se plasma una protección para los trabajadores despedidos por discriminación, tema que abordaré en el capítulo siguiente.

3.2 Legislación Venezolana.

Dentro de la Legislación Venezolana, las mujeres embarazadas gozan de derechos especiales en el ámbito laboral, los cuales son una de las prioridades de la Constitución y las Leyes, como es la, Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras, establece ciertos beneficios que le permiten a la madre llevar un embarazo tranquilo, en lo que al área laboral respecta sin posibilidad de ser despedida o discriminada por su estado.

El mismo cuerpo normativo, contiene varios artículos en resguardo a la madre trabajadora, cuando la misma se encuentra en estado de embarazo, manifiesta

que gozará de inamovilidad mientras dure este, y hasta dos años después del parto, además, no podrá ser trasladada de su lugar de trabajo a menos que el traslado no perjudique su estado de gravidez²⁴.

La Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 77 literal “b” considera:

“Se entenderá por despido la manifestación de voluntad del patrono de poner fin a la relación del trabajo que le vincula a uno o más trabajadores.

El despido será:

b) no justificado, cuando se realiza sin que el trabajador o trabajadora haya incurrido en causa legal que lo justifique.

Esta ley garantiza la estabilidad en el trabajo y la limitación de toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta ley son nulos.”

Al hablar de estabilidad en el trabajo, es importante mencionar la estabilidad que garantiza la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 93.- *“la ley garantizara la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para evitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”*

De la misma manera, se puede sostener que el despido será injustificado cuando el patrono no notifica de dicho despido dentro de los treinta (30) días siguientes al despido así lo establece el artículo 82 ibídem²⁵.

²⁴ Venezuela, Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras. sf, art.335.

²⁵ Ibíd; art. 82. “cualquiera de las partes podrá dar por terminada la relación de trabajo sin previo aviso, cuando exista causa justificada para ello. Esta causa no podrá invocarse si hubieren transcurrido 30 días continuos desde aquel en que el patrono o el trabajador haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que constituya causa justificada para terminar la relación por voluntad unilateral.”



Tanto el artículo 77 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuanto el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela precisa que los despidos contrarios a la Constitución y a la Ley serán considerados nulos, es decir, no surtirán efectos jurídico alguno, cuando transgrediere el orden constitucional vigente, evitando de esta forma, que por causas de discriminación se despidan a un trabajador o trabajadora.

Este artículo no admite el despido injustificado, pero si ordena a la ley que lo limite, es difícil predecir cómo puede la ley limitar los despidos fuera de los casos contemplados en la ley laboral, pues ya tiene bastantes limitaciones. El no poder despedir libremente al trabajador tiene una ventaja: el trabajador gozará de estabilidad. Y un inconveniente: le costará más encontrar trabajo. El resultado puede ser negativo para el trabajador.²⁶

El artículo 93 de la Constitución, ya mencionado en líneas anteriores, incorpora en la realidad venezolana lo que podría llamarse estabilidad absoluta, de este modo, solo tiene validez los despidos justificados, es decir, cuando hayan incurrido en una de las causales establecidas en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Trabajo las Trabajadoras y los Trabajadores. Por lo tanto cualquier otro tipo de despido está viciado de nulidad y no producirá efecto alguno.

Según el profesor venezolano Dr. Fernando Villasmil: “*la nulidad del despido se consagra en los sistemas donde el ordenamiento jurídico no permite al empleador por su sola voluntad dar por terminada la relación del trabajo, como sucede por ejemplo con el fuero maternal, y con los otros casos que a él se asimilan, su puesto en el cual el acto de despido debe estar autorizado por un órgano administrativo competente del estado a quien corresponderá en definitiva determinar la validez o no del despido y ordenar que se practique dicho despido*”²⁷

Villasmil, en su enunciado, menciona una figura que es la del “Fuero Maternal”, dicha figura pretende brindar protección al trabajo de la mujer, pues garantiza

²⁶ Juan Garay. Comentarios a la Nueva Constitución. (Caracas: Venezuela: Librería Cíafré, 2000), 57.

²⁷ Fernando Villasmil. Nuevo Procedimiento Laboral Venezolano, (Maracaibo: Librería Europa C.A., 2003).

el acceso al empleo de la madre y mas aún al acceso a un mejor empleo que de acuerdo con el artículo 24 de la ley orgánica del trabajo²⁸ le proporciona una subsistencia digna y decorosa.

Dentro de esta legislación, a diferencia de la nuestra, existe una prolongación en cuanto al tiempo de protección, el cual es de dos años, inclusive abarca al padre²⁹, durante el mismo período; de la misma forma se aplica en cuanto al tema de la adopción, tal como lo manifiesta el artículo 420 de la Ley Orgánica de Trabajo de las Trabajadoras y los Trabajadores.³⁰

En cuanto a los dirigentes sindicales la Ley Orgánica para Trabajadores y Trabajadoras en su Título VII, del Derecho a la Participación Protagónica de los Trabajadores, las Trabajadoras y sus Organizaciones Sindicales, en su inciso 24 y 25 manifiesta lo siguiente:

“Se indica que un despido, traslado o desmejora de un trabajador amparado por fuero sindical o inamovilidad laboral se considera nulo y no genera efecto alguno, si no se han cumplido los trámites establecidos, independientemente de las razones esgrimidas para justificar el despido, traslado o desmejora.”

“Se establece que cuando un trabajador o trabajadora con inamovilidad sea despedido o despedida el funcionario o funcionaria se trasladará hasta la empresa para imponer el reenganche, si hay obstrucción pedirá apoyo a las fuerzas del orden público y si persistiera la obstrucción se detiene a los responsables”

Como conclusión debo manifestar, que tanto en el fuero por maternidad como en el fuero sindical, existe la nulidad cuando se les despide a los trabajadores

²⁸ Venezuela, Ley Orgánica de Trabajo. art. 24: “Toda persona tiene derecho al trabajo. El estado procurará que toda persona apta puede encontrar colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa.”

²⁹ Venezuela, Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras. art.339.

³⁰ Ibíd; art. 420: “Están protegidos y protegidas por inamovilidad laboral: 1.- las trabajadoras en estado de gravedad, desde el inicio del embarazo hasta dos años después del parto. 2.- los trabajadores desde el inicio del embarazo de su pareja, hasta dos años después del parto. 3.-las trabajadoras y trabajadores que adopten niños o niñas menores de tres años, gozaran de inamovilidad por el lapso de dos años desde la fecha que el niño o niña sea dada en adopción.”



amparados por dichos fueros, sin que exista una causa previamente calificada por el Inspector de Trabajo.

Al haber analizado las legislaciones tanto Venezolana, cuanto Colombiana, se ha constatado, la gran protección que se garantiza a estos grupos de trabajadores, que como se había dicho, son grupos que dentro del ámbito laboral, de una u otra forma se han visto vulnerados sus derechos, sin embargo, esta protección, podría llevar a que los empleadores limiten al máximo el empleo del personal, en particular el personal femenino y en edad de reproducción. No obstante, hoy por hoy, con el gran respaldo que les genera la Constitución y las diferentes Leyes, se puede decir, que existe mayor seguridad, y por qué no decir esa estabilidad laboral tan anhelada por los mismos.

CAPITULO IV

4.1 REGIMEN DE ESTABILIDAD DE GRUPOS SOCIALES CONSIDERADOS VULNERABLES.

4.1.1 GENERALIDADES.

A lo largo de la historia humana, se ha vivido un régimen de discriminación dentro de la sociedad, y esta se ha generado a raíz de las diferentes opiniones que tienen unos de otros, olvidando que cada persona tiene su propia imagen, por lo que la discriminación no ha sido sino privar de los derechos que disfrutaban ciertos grupos ya sea por cuestiones de género, raza, religión, edad, o cualquier condición personal o social.

La discriminación dentro del Ecuador ha sido un problema no solo existente en el pasado sino que perdura hasta la actualidad, es por eso que es pertinente analizarlo y sobre todo combatirlo ya que esta aberración humana es latente en nuestro País no solo a nivel de sociedad sino también a nivel del Estado, y de acuerdo al tema que me compete, diré, que dentro del ámbito laboral, las personas son víctimas de discriminación y explotación por su condición social.

Hoy por hoy, a través de la creación de las diferentes Constituciones mismas que han acogido la proclamación de la igualdad a los ciudadanos ante la Ley que se considera un derecho fundamental, se ha hecho hincapié, el trato igualitario y en las mismas condiciones a todo tipo de persona, puesto que este principio de igualdad se encuentra expresamente reconocido en varias declaraciones, que tratan sobre la discriminación y derechos humanos, entre ellas tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, misma que contiene lo siguiente:

Los derechos humanos son “el reconocimiento de la dignidad inalienable de los seres humanos”. Libre de discriminación, desigualdad o distinciones de cualquier índole, la dignidad humana es universal, igual e inalienable.

“Todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos.”

De la misma forma nuestra Constitución de la Republica de 2008 en su artículo 11 numeral 2 manifiesta:

“Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquiera otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionara toda forma de discriminación.”

De este modo lo que busca la Constitución y los diferentes Tratados Internacionales, es promover la igualdad entre las personas en todo ámbito social, es decir, que no se vean excluidos ni vulnerados sus derechos por ningún concepto.

4.1.2 CONCEPTO DE DISCRIMINACION.

Me permitiré dar un significado de lo que es la discriminación; según el Diccionario de Guillermo Cabanellas discriminación es:

“Acción y efecto de discriminar, de separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos u otros.”

Con mis palabras diría que la discriminación no es sino esa exclusión que se da por personas o grupos hacia otras personas o grupos en términos diferentes de los que se usa para sujetos similares, existiendo prejuicios hacia el receptor de ese trato.

Por ello debe quedar claro que para efectos jurídicos, la discriminación ocurre solamente cuando hay una conducta que demuestre distinción, exclusión o restricción,

*a causa de alguna característica propia de una persona que tenga como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho.*³¹

4.1.3 AMBITO DE APLICACIÓN.

Se podría considerar a esta como la primera reforma que procura una protección de derechos laborales no patrimoniales, intentando disuadir al empleador a despedir a su trabajador por asuntos discriminatorios, a diferencia del Código de Trabajo, que anteriormente su objetivo era reparar únicamente vulneración en derechos patrimoniales.

Luigi Ferrajoli³², clasifica a los derechos en dos grupos: los primeros, derechos fundamentales o primarios que son sociales y colectivos, destinados a proteger a grupos considerables vulnerables de la sociedad; en este caso serían derechos laborales no cuantificables, que no pueden ser fácilmente reconocidos en la vía ordinaria, como la esclavitud, el acoso laboral, la discriminación en el trabajo, etc.

En cuanto a los segundos, derechos patrimoniales o secundarios, vinculados con el tema patrimonial como la propiedad, el comercio, etc., previstos en el Código Civil cuya vigencia se encuentran en el Procedimiento civil; estos son cuantificables en dinero y para los cuales existe la vía administrativa y judicial para su reconocimiento.

Nuestra Constitución garantiza a las mujeres el derecho a no ser discriminadas por el embarazo y el período de lactancia en el ámbito laboral³³ y a la estabilidad en el trabajo sin limitaciones por el embarazo, lactancia o maternidad; por lo tanto estos derechos y en general los laborales no patrimoniales son plenamente justiciables por la vía constitucional, en cuanto son fundamentales o primarios.

³¹ Consejo Nacional para prevenir la discriminación, “Discriminación e Igualdad”, edición electrónica, www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142. (04 abril 2016).

³² Luigi Ferrajoli. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. (Madrid: Trotta, 2007).

³³ Ecuador, Constitución del Ecuador [2008], art. 43 # 1.

La Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar dispone también que:

“En cualquier caso por despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia para el despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional del equivalente a un año de remuneración a que se refiere este artículo (195.3), sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.

En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien estuviera a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en la Ley Orgánica de Discapacidades”

La propuesta de reforma otorga a los trabajadores que sean despedidos por las razones que establece el artículo antes descrito, el derecho a una indemnización adicional misma que consta de un año de remuneración, sin derecho al **REINTEGRO**, y abarca inclusive para las personas que tengan a su cargo a una persona discapacitada, por lo que esta norma es muy amplia, y al parecer estaría por demás dicha indemnización, por lo que desde mi punto de vista realizare las siguientes críticas.

Primero, la Ley Orgánica de Discapacidades³⁴ establece una indemnización especial para las personas con discapacidad en caso de que se los despida intempestivamente, misma que equivale a 18 meses de remuneración, más la indemnización general, que como es de nuestro conocimiento, dependerá del tiempo trabajado para que se calcule la indemnización que por despido intempestivo le corresponde, sin perjuicio de la indemnización que se encuentra plasmada en la reforma, misma que se refiere a un año de remuneración, de modo que, esta indemnización dota de una sobreprotección exagerada y desmedida, ya que este grupo de trabajadores se encuentran protegidos por la Ley que los regula, esta es, la Ley Orgánica de Discapacidades.

³⁴ Ecuador, Ley Orgánica de Discapacidades [2012], art. 51.

Al hablar de una sobreprotección que la ley otorga a los trabajadores con discapacidad, es necesario formularse la siguiente interrogante, ¿estamos frente a las llamadas acciones afirmativas, de las cuales se refiere el artículo 11 numeral 2 en su segundo inciso?, mismo que textualmente plasma:

“El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad”

“La discriminación positiva o acción afirmativa, es el término que se le da a una acción que pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario, o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios a sí como acceso a determinados bienes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, y compensarlos por los prejuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado”.³⁵

Las acciones afirmativas hacen referencia a aquellas actuaciones dirigidas a reducir o, eliminar toda clase de trato discriminatorio, en contra de sectores vulnerables que a lo largo de la historia han sido rechazadas, de tal manera, se entiende que, es el estado, el encargado de adoptar medidas garantistas, tendientes a disminuir las brechas de desigualdad de muchos sectores sociales, dotándoles de derechos (acciones afirmativas), a los sujetos que se encuentran en estado de desigualdad.

Una de las críticas más recurrentes que existen sobre las acciones afirmativas es que son ineficaces, toda vez que son medios inadecuados para lograr el fin de la igualdad racial, de género, en fin de las minorías. Se oponen a las políticas de acción afirmativa en base de que dichas políticas discriminan debido a que el principio de igualdad de trato, principio de no discriminación, tiene primacía moral absoluta.³⁶

Sin embargo eso no significa que no estén dando buen resultado aunque si genere mucha polémica ya que muchas personas lo consideran discriminatorias en sí, ya que siempre resultara alguien discriminado por la reparación de las injusticias de esta

³⁵ Caiza, Cristian. “Análisis Legal a las Acciones Afirmativas”, Universidad Nacional de Chimborazo, Riobamba-Ecuador, 2013.

³⁶ Monteros, Byron. “Las Acciones Afirmativas utilizadas en el ingreso a la Función Judicial vulneran el Derecho a la no Discriminación, consagrado en la Constitución del Ecuador y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.”, Universidad Particular de Loja, Loja-Ecuador, 2015

*manera (unos beneficiados y otros no), y de lo que se trata es de conseguir tratos igualitarios no que las discriminaciones cambien su dirección.*³⁷

En conclusión las acciones afirmativas son efectivamente discriminatorias debido a que dichas políticas prefieren consciente y explícitamente a los miembros de grupos particulares, por lo que se habla de una discriminación a la inversa.

Segundo, existe un gran peligro de que un juez considere que el simple hecho de despedir a una persona que forme parte de un grupo vulnerable, sea considerado discriminación, ya que, los jueces por lo general, buscan proteger al trabajador, y muchas veces suelen pensar negativamente en contra de los empleadores, pero no deberían olvidar que la carga de la prueba esta en el trabajador, y que es este el que debe demostrar lo alegado.

*Si lo que se quiere evitar es que no exista discriminación en la sociedad a un grupo de personas, el hecho de otorgarles tanta protección creará lo contrario, o sea, más rechazo a la hora de contratar a estas personas por el riesgo que se asume al hacerlo, puesto que es un tanto peligrosa para los empresarios y así también para los trabajadores de grupos vulnerables.*³⁸

Si bien la parte trabajadora se dice que tiene mucho que perder en relación con la parte empleadora, y que por lo tanto, se debe dotar de protección a los mismos, no por ello se debe ir mas allá de lo necesario, pues una vez mas diré que la protección que mediante la reforma se les da es exagerada.

4.2 REGIMEN DE ESTABILIDAD DE GRUPOS SOCIALES CONSIDERADOS VULNERABLES EN LA LEGISLACION COMPARADA (ANALISIS).

³⁷ Coalición Ecuatoriana de Personas que viven con VIH. CEPVVS. Derechos Humanos y VIH, edición electrónica, www.coalicionecuatoriana.org/cepvvs.php?c=1281. (04 de mayo 2016).

³⁸ Comentarios al Proyecto de Reformas Laborales en el Ecuador, edición electrónica, www.iusenlasrocas.blogspot.com/2014/11/comentarios-al-proyectos-de-reformas-html?m=1. (04 de mayo de 2016).

COLOMBIA.

Dentro de la Legislación Colombiana, la figura del despido ineficaz por discriminación, esta regulada como DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, misma que es resultado de una interpretación conjunta, de al menos cuatro preceptos constitucionales: *en primer lugar “la estabilidad en el empleo”³⁹; en segundo lugar el deber que tiene el Estado de adelantar una política de integración social a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos”⁴⁰; en tercer lugar, del derecho que tienen todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible la igualdad “real y efectiva”⁴¹; en ultimo lugar, del deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” ante eventos que supongan peligro para la salud física o mental de las personas.⁴²*

Como se puede notar, la Constitución de Colombia otorga a estos sujetos una protección especial cuando se ponen en riesgo sus derechos fundamentales, garantizando una tutela hacia los mismos, sin embargo, para que sea aplicable este derecho de la estabilidad laboral reforzada, deben concurrir por lo menos estos cuatro preceptos constitucionales anteriormente mencionados.

Cuando se tratan de casos en los que la desvinculación de una persona con discapacidad se ha producido a falta de autorización de la oficina de trabajo, puede ser desvirtuada debidamente por el empleador siempre y cuando este no conocía ni podía conocer de la existencia de la discapacidad, dado que la ley habla de discapacidades manifiestas o declaradas por las autoridades medicas pertinentes, la existencia de padecimiento de salud cuyas implicaciones sobre la capacidad laboral no hayan sido valoradas por una junta de Calificación de Invalidez, no generan en el empleador la obligación de tener la autorización de la oficina de trabajo, lo contrario sucede, cuando las

³⁹ Colombia, Constitución Política de la República de Colombia. art.53

⁴⁰ *Ibíd*; art.47

⁴¹ *Ibíd*; art.13

⁴² Colombia, Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-412, 2010



discapacidades han sido declaradas formalmente, así estas no sean manifiestas siempre y cuando sean conocidas por el empleador.

*Dado que la discapacidad es en si misma una fuente de discriminación, la Ley 361 de 1997 no hace un listado de discapacidades que daría lugar a la protección laboral reforzada ni establece un porcentaje de pérdida de capacidad laboral a partir del cual opera la protección, pero si exige que para que esta opere sea conocida por el empleador.*⁴³

Colombia también en jurisdicción constitucional ha reconocido derechos laborales no patrimoniales."Frente al caso de la discriminación la Corte Constitucional ha invertido la carga de la prueba, correspondiendo al empleador demostrar que su actuar no ha sido discriminatorio, lo cual se presume por el hecho del despido".⁴⁴ En efecto, la Corte Constitucional estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos.⁴⁵

El hecho de que la discapacidad sea percibida como una forma de discriminación, y que por lo tanto, se lo considere como un hecho que impide a una persona desempeñarse en cualquier ámbito de la vida, se piensa que únicamente la protección laboral reforzada solo opera frente a discapacidades visibles y no frente a personas con discapacidades que no son notorias, aún cuando requieren de apoyo y las mismas desempeñan cabalmente sus funciones, la única exigencia para que opere la estabilidad reforzada, es que el empleador tenga conocimiento de la discapacidad que adolece el trabajador, correspondiéndole al mismo probar que no tuvo conocimiento de la discapacidad del trabajador.

⁴³ Corte Constitucional de la República de Colombia, edición electrónica, www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-412-10.htm. (8 de abril de 2016).

⁴⁴ Jorge Giraldo. El Fuero Laboral Constitucional. (Bogotá: 2002) 119.

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-470, 1997.

VENEZUELA.

En la Legislación Laboral Venezolana, lo que sanciona el despido nulo es el motivo o los medios empleados para despedir, cuando estos se presentan con una injuria constitucional entonces poco importa que la manifestación de voluntad dolosa, culposa, directa o indirecta, pues siempre se estará en presencia de una lesión a derechos y a garantías constitucionales.

La discriminación es un comportamiento que vulnera o afecta un derecho personalísimo básico como es la igualdad, ya que lo que se encuentra en juego es la condición humana, la dignidad de la persona, la tutela de ese valioso derecho constituye patrimonio común de todo ordenamiento.

Ahora bien en cuanto a los mecanismos de protección que le brinda el ordenamiento jurídico Venezolano al trabajador frente al despido nulo por discriminación, a partir de los criterios jurisprudenciales, se concluye que, con el reconocimiento que la Constitución hace del despido nulo por discriminación, los trabajadores pueden optar por acudir a la vía administrativa o la jurisdiccional para procurar la defensa de sus derechos.

Según el artículo 93 de la República de Venezuela “la ley garantiza la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta constitución son nulos” de conformidad con tal visión el artículo 15 del Reglamento de la Ley Orgánica del trabajo 2005 ha consagrado.

El trabajador o trabajadora víctima de discriminación en el empleo podrá extinguir la relación de trabajo invocando una causa justificada de retiro, o si lo estimare conveniente ejercer la acción de amparo constitucional para obtener la restitución de la situación jurídicamente infringida.

De acuerdo con Carballo Jefe del Departamento de Derecho social de la Universidad Católica Andrés Bello⁴⁶ el despido nulo dimana de “la violación de derechos fundamentales (especialmente del principio de igualdad ante la ley) y de la violación del régimen de las inamovilidades”.

En opinión de autor Carballo⁴⁷ los fundamentos para la existencia de esta clase de protección obedecen a los siguientes argumentos:

Cualquier conducta patronal que tuviere por objeto o consecuencia la lesión de los derechos fundamentales del trabajador deberá reputarse nula, esto es, no producirá efecto jurídico alguno. En el caso particular del despido, la manifestación de la voluntad extintiva del vínculo jurídico laboral de iniciativa patronal, en transgresión de derechos fundamentales o inobservancia del régimen de las inamovilidades, será inválida y, por ende, a pesar de ella, el contrato o relación de trabajo será preservado.

En cuanto a la restitución al trabajo, la Ley Orgánica del Trabajo, permite que, en caso de constatarse el despido nulo se ordene al trabajador a reincorporarse en sus labores habituales, limitará el derecho del patrono a persistir en sus propósitos de despedir al trabajador subrogándose en las indemnizaciones previstas en el mismo cuerpo normativo.

Cabe recalcar que el despido nulo se puede generar por dos situaciones:

Primera, la fundamentada en la inamovilidad relativa o absoluta del trabajador, en este caso, lo que se busca prevenir es que la estabilidad que se le otorga al trabajador como un derecho del mismo, no se vea afectado.

Segunda, se fundamenta por discriminación, y en la cual se buscan mecanismos reactivos del legislador y de los poderes públicos para contrarrestar las acciones patronales que provocan la terminación de la relación del trabajo, ya que existe una lesión directa de los derechos fundamentales del trabajador.

⁴⁶ “UGT DENUNCIA EL DESPIDO NULO DE UN TRABAJADOR DEL CONCELLO DE LALIN”, Lalín La Voz (11 octubre 2010).

⁴⁷ *Ibíd.*



Al estar los trabajadores ejerciendo una acción de amparo constitucional impone al accionante es decir al empleador aportar con indicios para desvirtuar la discriminación alegada en su contra, ya que al ser el agente de la conducta cuestionada deberá justificar de manera objetiva y razonable las medidas adoptadas y su proporcionalidad.⁴⁸

Finalmente, se puede concluir que, no es lo mismo un despido contrario a la Ley, el cual viene a ser un despido injustificado, es decir, cuando se afecta a la estabilidad del trabajador, y por lo tanto, en esta clase de despido, no existe el derecho al reintegro, mientras que, un despido contrario a la Constitución, pues este segundo, sería considerado NULO, ya que están de por medio derechos fundamentales afectados, y que se los a vulnerado por una actitud discriminatoria, es ahí entonces, donde la ley protege a los trabajadores que se vean afectados por dicha situación, a que sus contratos prevalezcan y que la relación laboral continúe, puesto que al reputarse nulo el despido que por discriminación atente a los principios fundamentales, el mismo no producirá efectos jurídicos alguno, teniendo la posibilidad de que a petición del empleador o por decisión del Juez, se le entregue al trabajador una indemnización en vez de el reintegro.

⁴⁸ Venezuela, Ley Orgánica Procesal del Trabajo. art. 75

CAPITULO V

ANALISIS DE LA SENTENCIA No 080-13-SEP-CC DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, CASO No 0445-11-EP POR DISCRIMINACION LABORAL A UN TRABAJADOR PORTADOR DE VIH.

ANTECEDENTES.

El señor NN, dirige su acción de protección No. 27-2010 al Juez Vigésimo Primero de lo Civil en Samborondón en contra de la "Acción de personal número 001-DAM-MS-2010, de enero 22 de 2010, suscrita por José Yúnez Parra; Katty Alvarado González y Anna Vásquez Aguilar, en sus calidades de Alcalde de la Municipalidad de Samborondón, Jefa del Departamento de Recursos Humanos y Directora Administrativa respectivamente, mediante la cual fue destituido del cargo de Abogado del Departamento de Terrenos y Servicios Parroquiales de la Municipalidad de Samborondón", alegando que recurre ante el Juez Constitucional porque en ese proceso administrativo seguido en el Municipio de Samborondón le vulneraron sus derechos al debido proceso, a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, a la salud, al trabajo, a la seguridad jurídica y a la no discriminación.

El Juez *a quo*, al dictar sentencia el 17 de marzo del 2010, ante la pretensión del legitimado activo, en los considerandos de su fallo señala únicamente:

“OCTAVO: *No se ha podido determinar la existencia de vulneración de derechos constitucionales y demás exigencias determinadas en el artículo 88 de la Constitución, que son elementos esenciales para el ejercicio de este derecho de acción de protección (...)”. Concluyendo (...) "declara sin lugar la solicitud de Acción de Protección Constitucional que formula el abogado, NN, a la Municipalidad del Cantón Samborondón (...)."*

Al recurrir al Juez de alzada, el accionante insiste en su alegación acerca de las vulneraciones a los derechos constitucionales, que no fueron observados y resueltos por el Juez *a quo*, más el Juez y conjuces de la Segunda Sala de lo



Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas en el proceso No. 407-2010, al dictar sentencia, determinan exclusivamente:

*"**TERCERO:** (...), la Municipalidad ha resuelto destituir de sus funciones al accionante por ausencia injustificada y repetida de su puesto de trabajo. Se ha observado el debido proceso permitiendo al servidor el ejercicio de su defensa sujetándose la diligencia a lo que dispone la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Constan especialmente detalladas las pruebas actuadas por el servidor y suficientemente motivada la resolución. Por lo expuesto, la sala considera que en el sumario administrativo no aparece violación a las reglas del debido proceso, particularmente las alegadas por el accionante, esto es, la del art. 76 # 7 literal 1) CR que se refiere a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, y la del mismo artículo y número en su literal a) concerniente al derecho de defensa en todas las etapas o grados del procedimiento (...)"*.

El señor NN, por sus propios derechos, respaldados por la Constitución de la República, presentó acción extraordinaria de protección que de acuerdo al sorteo realizado por el Pleno de la Corte Constitucional le correspondió sustanciar la presente causa al Juez Constitucional, Alfredo Ruiz Guzmán en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección No. 407-2010.

Fundamentos de hecho y de derecho.

El legitimado activo señala que la sentencia dictada por los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas violenta sus derechos constitucionales señalados en la Constitución de la República en su artículo 11 numerales 3,4 y 9 inciso segundo por inadecuada administración de justicia, violación del derecho de la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso, relativos a la seguridad jurídica, la falta de motivación en la sentencia y otros derechos establecidos en los artículos 66 numeral 25; 76 numeral 1 y 7 literal 1; 82, 168 numeral 1; 169,172 y 174 segundo inciso de la Constitución de la República. Así como tampoco se dio cumplimiento con el término que establece la Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 24 para dictar la sentencia, dictando el fallo en el término de siete meses, sin haber señalado audiencia.

Señala que el problema jurídico es la discriminación de la que fue objeto dentro del trabajo, por parte de sus compañeros, servidores de su empleadora, la Municipalidad de Samborondón, y que no se debería proteger a quienes hacen daño sino velar por los derechos constitucionales.

Pruebas presentadas dentro del sumario administrativo.

Dentro del expediente consta un certificado otorgado por el Dr. Freddy Reyes Z., Coordinador de la Clínica de VIH-HG(e) del Hospital "Abel Gilbert Pontón", del Ministerio de Salud Pública, en el que se establece que NN es paciente en el área de VIH, con diagnóstico desde marzo 20 del 2008, además, certificados médicos otorgados por la Sociedad de Lucha Contra el Cáncer, extendidas por los doctores Mariano F. Morales y Aida Guerrero, determinando que el paciente NN, tiene diagnóstico de tumor maligno.

Pretensión.

El señor NN solicita a la Corte Constitucional, que revoque las sentencias de primera y segunda instancia dictadas por el Juez Vigésimo Primero de lo Civil de Samborondón y por los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en su orden, dentro de la acción de protección No. 27-2010 y 407-2010, que vulneran sus derechos y que se disponga la reparación de los mismos, con el reintegro a su puesto de trabajo y el pago del sueldo desde la fecha en que fue destituido hasta la fecha de su restitución.

Sentencia impugnada.

El Señor NN, impugna la sentencia dictada el 15 de diciembre del 2010, por el Juez y conjuces de la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte

Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección No. 407-2010, en la cual, se manifiesta por parte de los Jueces que se ha observado el debido proceso permitiendo al servidor el ejercicio de su defensa, sujetándose la diligencia a lo que dispone la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Se detalla las pruebas actuadas por el servidor y se evidencia una resolución debidamente motivada.

De modo que la Sala considera que en el sumario administrativo instaurado en contra del señor NN, no existe violación de las reglas del debido proceso, particularmente las que alega el accionante, estas son, las que se refieren a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, y lo concerniente al derecho a la defensa en todas las etapas o grados del procedimiento. Por otra parte, habiendo también el accionante alegado la violación del derecho al trabajo, previsto en el art. 33 de la Constitución de la República, la sala considera que dicho derecho no está en contradicción con el de las instituciones del sector público y, en general de todos los empleadores velar por la disciplina y el cumplimiento de las obligaciones de servidores y trabajadores, con arreglo al marco legal pertinente, de manera que debe rechazarse la argumentación que al respecto hace el accionante.

Una vez que la Sala ha analizado todo el proceso llevado a cabo dentro del sumario administrativo y la sentencia de primera instancia, rechaza el recurso interpuesto y por lo tanto confirma la sentencia recurrida, esta es, la dictada por el Juez Vigésimo Primero de lo Civil de Samborondón dentro de la acción de protección No. 27-2010, misma que en su parte pertinente manifiesta:

"SEXTO: El referido artículo 88 de la Constitución, al referirse a la acción de protección, dice:... "podrá interponerse cuando exista vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones... ".Además el artículo 46 de la Ley de Control Constitucional establece que ésta acción tiene por objeto tutelar los derechos consagrados en la Constitución, frente a cualquier atentado de acto ilegítimo.

SEPTIMO: Es evidente que el acto cuestionado por el recurrente, se encuentra circunscrito dentro del ámbito administrativo y se fundamenta en las normas que el mismo accionante reclama su cumplimiento.

OCTAVO: *No se ha podido determinar la existencia de vulneración de derechos Constitucionales y demás exigencias determinadas en el artículo 88 de la Constitución, que son elementos esenciales para el ejercicio de éste derecho de Acción de Protección, pues como profesional del derecho que es el demandante, éste conoce el procedimiento que norma la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, para el caso de impugnar el acto administrativo, consecuencia del Sumario Administrativo que origina su destitución.”*

De este modo, el Juez Vigésimo Primero de lo Civil y Mercantil en Samborondón, declara sin lugar la acción de protección formulada por el Abogado NN, en contra de la Municipalidad del Cantón Samborondón.

Contestación de la Acción Extraordinaria de Protección.

La Jueza Constitucional, Ruth Seni Pinoargote, quien inició la sustanciación de la presente causa, dispone que se cite con el contenido de la acción y de la providencia a los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, para que dentro del término de cinco días presenten un informe de descargo, bajo prevenciones de ley; que se le haga conocer el contenido de la acción y la providencia recaída sobre la misma al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Samborondón, en las personas de su Alcalde y Procurador Síndico, en calidad de tercero interesado y al Procurador General del Estado, con la finalidad de que en el término de cinco días presenten un informe acerca de las violaciones señaladas en la demanda, sin embargo, los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas no dieron cumplimiento a lo dispuesto por la Jueza sustanciadora.

Audiencia en la Acción Extraordinaria de Protección.

Comparecen a la audiencia pública la Doctora Lola Pulley, en representación del legitimado activo, del Doctor Iván Orlando Miranda, Procurador Síndico del

Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Samborondón y el Doctor José Diego Carrasco, por la Procuraduría General del Estado.

FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

El señor NN se encuentra legitimado para presentar esta acción extraordinaria de protección, conforme a los requerimientos establecidos en el artículo 437 de la Constitución de la República⁴⁹, y del artículo 439 *ibídem*⁵⁰; en concordancia con el artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁵¹

La acción extraordinaria de protección contemplada en la Constitución de la República, tiene como finalidad el fortalecimiento y eficacia de los derechos y garantías constitucionales, asumiendo la tutela jurisdiccional consagrada en la norma fundamental del Estado ecuatoriano, lo que pretende el titular de la acción extraordinaria de protección es que el Juez Constitucional, una vez que haya efectuado un análisis profundo sobre la controversia que ha llegado a su conocimiento, en el caso que lo amerite, declare la existencia de la violación de uno o varios derechos constitucionales y de manera inmediata ordene su reparación integral, conforme al artículo 86, numeral 3 de la Constitución de la República⁵², pues su obligación como Juez Constitucional es controlar los actos públicos con la finalidad de que no se vulneren los derechos amparados por la Constitución.

⁴⁹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 437: "Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos".

⁵⁰ *Ibíd*; art. 439 "Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente".

⁵¹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [2010], art. 59: "La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por si mismas o por medio de procurador judicial".

⁵² Ecuador, Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 83 #3: "... La Jueza o Juez resolverá la causa mediante sentencia, en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral material e inmaterial,..."

Análisis constitucional.

La Corte Constitucional, al examinar la sentencia impugnada por el señor NN, con la finalidad de verificar si vulnera o no los derechos constitucionales invocados por el legitimado activo, toma en cuenta los siguientes problemas jurídicos:

- a. La sentencia impugnada ¿vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación?
- b. En la sustanciación de la causa ¿se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva expedita e imparcial del accionante?
- c. La separación de un empleado portador de VIH o enfermo de SIDA de su actividad laboral, ¿se enmarca dentro de las denominadas categorías sospechosas o criterios sospechosos, y ello implica en consecuencia, un trato discriminatorio?

Desarrollo:

a.- La sentencia impugnada ¿vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación?

La Corte Constitucional menciona sobre el debido proceso, que los juzgadores están llamados a observar de manera rigurosa cada etapa del proceso, con la finalidad de controlar y verificar si existen dentro del mismo vulneración a derechos consagrados en la constitución, de los cuales pueden verse afectado uno de los sujetos procesales, no se debe pensar que se trata de simples ritualidades en donde lo único que interesa es la forma más que el contenido.

Sobre la motivación, la Corte señala que el artículo 76 numeral 7 literal I) de la Constitución,⁵³ en concordancia con la Ley Orgánica de Garantías

⁵³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 77 #7 literal I: "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las

Jurisdiccionales y Control Constitucional, obliga a los poderes estatales a que los fundamentos que sustentan sus resoluciones sean claros, coherentes y razonables, a indagar a partir de un razonamiento explicativo y justificativo, si los hechos presentados en cada caso se relacionan con las normas jurídicas.

La motivación en las resoluciones debe contener la verificación de la vulneración o no a los derechos, si el acto, hecho u omisión anula el ejercicio de los derechos constitucionales y, en caso de existir dicha vulneración, la reparación integral pertinente, o caso contrario, la negativa de la acción.

En el caso que hoy nos compete, se evidencia que el Juez *a quo*, no analizó la pretensión del accionante, relativa a la inobservancia del debido proceso en el trámite administrativo que concluyó con la destitución del cargo que venía desempeñando en la entidad pública accionada y que detalla en la demanda, y continúa argumentando que no cumplió con las exigencias determinadas en el artículo 88 de la Constitución, que son elementos esenciales para el ejercicio de este derecho de Acción de Protección. Es decir, el Juez *a quo* determinó que el accionante no podía ejercer esta garantía jurisdiccional por no reunir los requisitos para él exigibles que viabilicen su reclamo, sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que *"La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el Juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual no existe otra vía para la tutela de los derechos que no sean las garantías jurisdiccionales"*.

En cuanto a la resolución de segunda instancia, la Corte Constitucional manifiesta que tampoco se procedió a examinar la pretensión reiterativa del recurrente y más bien se rechaza el recurso interpuesto y se confirma la sentencia recurrida. Por tanto, esta Corte establece que el Juez de primer nivel y los Jueces de alzada, al declarar sin lugar la acción de protección del legitimado activo en el primer fallo y en el segundo fallo, al rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia de primer nivel, no indagaron ni

normas o principios jurídicos en que se fundan y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

examinaron si hubo o no observancia del debido proceso en la sustanciación del acto administrativo emanado por la autoridad municipal o la vulneración de derechos que afirma el accionante se produjo contra él, pues no analizaron las particularidades que presentaba su caso, consecuentemente sus fallos carecieron de motivación por falta de desarrollo argumentativo que justifiquen por qué no acogieron la pretensión del accionante, lo cual atenta contra lo determinado en el artículo 76 primer inciso y numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República.⁵⁴

b.- En la sustanciación de la causa ¿se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva expedita e imparcial del accionante?

El artículo 75 de la Constitución de la República dispone taxativamente: *"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad en ningún caso quedará en indefensión (...)".*

La Corte Constitucional, respecto a este derecho fundamental ha determinado, *"(...) que cuando una persona pretende la defensa de sus derechos o intereses legítimos, debe ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas".*

De tal manera que, la tutela efectiva, imparcial y expedita es un deber del Estado y específicamente de los Jueces de garantizar el acceso a la justicia, un debido proceso y el cumplimiento de las decisiones que pongan fin a los procesos, por tanto asegura la imparcialidad en la resolución de las pretensiones de las partes, que los procesos se sustancien de manera constitucional en atención a los principios de inmediación y celeridad, garantizados en el "Estado Constitucional de Derechos y Justicia".

⁵⁴ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 76 inciso #7 literal 1: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento"

En el caso sub judice, al versar sobre la sustanciación de una acción de protección de los derechos, en la especie, acción de protección, existen normas constitucionales expresas que deben orientar su tramitación, dada la naturaleza de los derechos que tutelan. Así, el artículo 86 numeral 2 literal a) de la Constitución señala *"El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz..."*; adicionalmente, se determina en el literal e): *"No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho"*.

Es así que los Jueces Constitucionales deberán valorar todos los elementos fácticos que permitan llegar a la convicción sobre si el acto constituye o no la causa de una situación violatoria a los derechos constitucionales. De ahí, la necesidad de constituir a la acción de protección en un proceso de conocimiento, que declara la vulneración y reparación integral de los mismos.

En efecto, lo que cabe cuestionarse entonces es si los fallos dictados por el Juez Vigésimo Primero de lo Civil y Mercantil en Samborondón y el Juez y conjuces de la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, analizaron y resolvieron sobre los derechos a la no discriminación y a la salud.

Al respecto, la Constitución de la República, en el artículo 11 dispone:

"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ... 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio - económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (...)".

De la misma manera, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre materia de empleo y ocupación ha establecido:

"La discriminación en el empleo puede observarse en contextos diferentes desde los altos edificios de oficinas hasta las aldeas rurales y revestir formas muy variadas. Puede afectar a hombres o mujeres por motivo de sexo, o porque su raza o color de piel, extracción nacional u origen social, religión, u opiniones políticas difieren de las de los demás. Con frecuencia, los países deciden prohibir las distinciones o exclusiones e impedir la discriminación por otros motivos como la discapacidad, VIH/SIDA o la edad. La discriminación en el empleo resta oportunidades a las personas y priva a la sociedad de lo que esas personas pueden y deberán aportar".⁵⁵

En síntesis, la Constitución de la República consagra el fundamento normativo de los principios de aplicación de los derechos de las personas en un Estado constitucional de derechos y justicia, como es el Ecuador, y los operadores de justicia deben garantizar, en los procesos, el cumplimiento de esos principios, evitando la vulneración de los derechos de los titulares.

Es por ello que a los operadores de justicia, es decir, tanto al Juez a quo y los Jueces de alzada, en base a los certificados médicos adjuntados dentro del proceso administrativo los cuales justificaban la existencia de la enfermedad que padecía el legitimado activo, les competía indagar sobre estos factores de vulnerabilidad del accionante y tutelar los derechos de una persona que vive con VIH y estado de salud catastrófica, en condición de debilidad manifiesta frente a la entidad accionada, aplicando los principios de inmediación y celeridad en la sustanciación de los procesos, en sus peticiones y requerimientos.

En efecto, de la revisión y análisis de los expedientes de primera y segunda instancia, la Corte Constitucional, manifiesta que *"los Jueces no han provisto las pretensiones del accionante referente a esos principios procesales; por tanto, en su actuación no se respondió al aseguramiento de la tutela efectiva que el Estado constitucional de derechos y justicia postula y garantiza a los ciudadanos,"* menoscabando el derecho a la seguridad jurídica, y demás normas constitucionales consagradas en la Norma Suprema.

⁵⁵ Convenio OIT.CIII sobre la discriminación (15 de junio de 1960).

C.- La separación de un empleado portador de VIH o enfermo de SIDA de su actividad laboral, ¿se enmarca dentro de las denominadas categorías sospechosas o criterios sospechosos, y ello implica en consecuencia, un trato discriminatorio?

Criterios y categorías sospechosos.

Cuando la Constitución de la República, en su artículo 11 numeral 2 consagra el principio de igualdad real y no discriminación, su interpretación va dirigida a algunas preguntas que tienen como finalidad aclarar el contenido de estas cláusulas o principios constitucionales y estas son: ¿Cuál es la pauta interpretativa que deben utilizar los Jueces y tribunales cuando una de las partes invoca que mediante un acto o una disposición determinada se viola el principio de igualdad?, ¿Cuáles son los criterios para considerar que un trato es discriminatorio?, ¿Cuándo un trato diferenciado no constituye un trato discriminatorio?, ¿Qué se entiende por categorías sospechosas?

La misma disposición constitucional (artículo 11 numeral 2 Constitución de la República), es amplia al determinar que nadie podrá ser discriminado por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La inclusión de estos criterios o categorías contenidos en el artículo referido es lo que en doctrina se han denominado las categorías o criterios sospechosos.

Las categorías sospechosas son criterios utilizados tanto por el Estado, como por los particulares con el objetivo de plasmar diferencias que nunca parecerían justificarse.

"La calificación de una categoría como sospechosa no es una cuestión menor, desde que aquella deposita en aquel que realiza la distinción la carga de la demostración argumentativa de que existe un interés estatal urgente, si se trata del ámbito estatal, o de una excepción basada en lo que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha

denominado 'calificación ocupacional de buena fe, si la distinción se realizara en la actividad privada a fin de superar la presunción de inconstitucionalidad'⁵⁶

La Corte Constitucional, en cuanto a emitir su comentario sobre las categorías sospechosas, se pronuncia diciendo que *“son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República”*.

Ahora bien, ¿cómo saber si estos factores que establecen diferencias en el trato son discriminatorios?; cuando se presume su inconstitucionalidad, ya que el trato diferenciado que realizan a ciertos grupos sociales que se encuentran en estado de debilidad, es de inferioridad o exclusión, cuando se ha hecho uso de categorías que se encuentran prohibidas dentro del texto constitucional, cuando restringen derechos constitucionales, a menos que se demuestre lo contrario mediante razones válidas y suficientes, dada la carga argumentativa y probatoria, solo se exige a quienes hayan establecido distinciones, de la responsabilidad de que pueda imputárseles un tratamiento discriminatorio

En el caso analizado, la separación laboral se produce a una persona portadora de VIH, que según su empleador, argumenta que el señor NN realizó un trabajo deficiente, que tenía faltas recurrentes a su trabajo; sin embargo, claramente se genera una discriminación que tiene como trasfondo un estado de salud del trabajador portador de VIH.

La Corte destaca que la utilización de categorías tales como la raza, el sexo, la nacionalidad, la identidad cultural, un estado de salud, portar una enfermedad, son justificables únicamente en la medida en que el fin propuesto sea aminorar las desigualdades existentes, impidiendo que las mismas se perpetúen. Se trata entonces de un sentido inverso al uso discriminatorio de estas categorías,

⁵⁶ Roberto Saba. El Derecho a la Igualdad, Aportes para un Constitucionalismo Igualitario. (Argentina: Lexis Nexis S.A. 2007), 193-94.

(discriminación inversa), compensando, si se quiere, un tratamiento injusto, como la única forma de que el Estado y los propios particulares puedan superar ese estado de cosas que generan un grado de injusticia real de la que son víctimas algunos grupos sociales. Lo que se busca en definitiva es romper la desigualdad histórica, entendiendo que la desigualdad es una construcción social y no natural.

A criterio de la Corte, la denominada "discriminación inversa" no utiliza los mismos criterios de los que se sirve a la "discriminación injusta o arbitraria". La discriminación que se encuentra prohibida es aquella que otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer, de ser niño, o portador de VIH, en tanto que en la discriminación inversa, el trato preferencial se otorga sobre la base de que un niño, una mujer o una persona portadora de VIH, ha sido tratada injustamente (discriminada) por el hecho de tener tal condición.

En el caso materia de esta sentencia, la separación laboral de la que fue objeto el servidor público no era más que la consecuencia de un desempeño deficiente y poco efectivo de su trabajador, que a propósito puede aparecer como otra categoría sospechosa que oculta discriminación, y que en la mayoría de los casos sorpresivamente ocurre cuando se hace pública la condición del trabajador portador de VIH; requiere de una mayor carga argumentativa y probatoria a cargo del empleador, en torno a despejar una presunción de inconstitucionalidad *prima facie* como es el separar de su actividad laboral a un trabajador portador de VIH y no simplemente, argumentar en base a una práctica laboral institucionalizada entre el empleador-empleado, como es la separación de un servidor público previo sumario administrativo.

Consideraciones finales de la Corte Constitucional.

Del análisis efectuado por la Corte Constitucional, se concluye que, existe un estado de debilidad e indefensión del legitimado activo por la condición de salud por la que atraviesa, puesto que es portador de VIH, hablamos de una enfermedad catastróficas y de alta complejidad que deterioran progresivamente su estado de salud, por lo que el accionante, al formar parte

del grupo de personas de atención prioritaria y siendo por tanto una persona con especial protección constitucional, dada la gravedad de su situación de salud y económica, al estar sin empleo y no seguir aportando a la seguridad social, es necesario la aplicación de la tutela y reparación de los derechos vulnerados, es por ello, que la Corte Constitucional, al ser el máximo órgano de administración de justicia constitucional, dispone la reparación integral de los derechos, conforme al artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁵⁷,

SENTENCIA.

En mérito de lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, la Corte Constitucional expide la siguiente sentencia:

1. Declarar la vulneración de los derechos al debido proceso en la garantía de la motivación, a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y a la no discriminación.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección.
3. Como medida de reparación integral, se dispone lo siguiente:
 - Dejar sin efecto las sentencias dictadas por el Juez y conjuces de la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección No. 497-2010; y por el Juez Vigésimo Primero de lo Civil y Mercantil en Samborondón dentro de la acción de protección No. 27-2010.
 - Dejar sin efecto la acción de personal número 001-DAM-MS-2010, suscrita por José Yúnez Parra; Katty Alvarado González y Anna Vásquez Aguilar, en sus calidades de alcalde la Municipalidad de Samborondón, Jefa del Departamento de Recursos Humanos y Directora administrativa respectivamente, mediante la cual fue destituido el señor NN del cargo de

⁵⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [2010], art. 18: “(...) la reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten del derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho (...).

Abogado del Departamento de Terrenos y Servicios Parroquiales de la Municipalidad de Samborondón, por lo tanto se retrotraen los efectos hasta antes de la vulneración del derecho, esto es, antes del inicio del sumario administrativo.

- Disponer que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Samborondón restituya de manera inmediata a su puesto de trabajo al señor NN en el término máximo de 5 días a partir de la notificación, y que informe a este organismo sobre el cumplimiento en el término de 10 días máximo a partir de la notificación, bajo prevenciones de aplicación inmediata de la sanción prevista en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución⁵⁸.
- Disponer que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Samborondón, se ponga al día de manera inmediata en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la seguridad social con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del accionante, desde enero del 2010 hasta la presente fecha, en el plazo máximo de 5 días contados desde la notificación, y que informe a este organismo sobre el cumplimiento en el término de 10 días máximo a partir de la notificación, bajo prevenciones de aplicación inmediata de la sanción prevista en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución.
- Disponer que para la determinación del monto correspondiente a la reparación económica relativa a los haberes dejados de percibir se estará a lo establezcan los Jueces de lo Contencioso Administrativo, pues se trata de un proceso de ejecución sencillo, rápido y eficaz en el que no caben incidentes de ninguna clase, principios que deberán guiar el proceso, bajo prevenciones de aplicación inmediata de la sanción prevista en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución.

⁵⁸ Constitución de la República del Ecuador. Art. 86 #4: "Si las sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley"

- Con la finalidad de evitar revictimización del accionante, en todos los lugares en los que se consigne el nombre del accionante se procederá a cambiar por la denominación NN.
- Como garantía de no repetición en favor de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, pertenecientes al grupo de atención prioritaria, la Corte Constitucional, en virtud de la competencia establecida en el artículo 436 numerales 1 y 6⁵⁹, establece como regla jurisprudencial con efectos *inter pares* e *inter comunis* la siguiente:
 1. Las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA no gozan de un simple estatus de estabilidad laboral aplicable a todas las relaciones laborales en condiciones generales en las cuales los empleados no poseen enfermedades catastróficas; por el contrario, este grupo de personas gozan de un principio de estabilidad laboral reforzada, merecedores de una especial protección dada la fuerte carga discriminatoria que socialmente han tenido que soportar; en tal virtud, no podrán ser separados de sus labores en razón de su condición de salud.
 2. La separación de las labores de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, se presume *prima facie* como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador demuestre razones válidas y suficientes que justifiquen de manera argumentada y probada ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso.
 3. Bajo ningún motivo el empleador podrá justificar la terminación de relaciones laborales argumentando su bajo rendimiento de las actividades laborales del empleado portador de VIH o enfermo de SIDA, pues el deterioro físico y

⁵⁹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 436 #1 y 6: “La Corte Constitucional ejercerá además de las que le confiere la ley las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de la interpretación de la Constitución, de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos ratificados por el Estado ecuatoriano a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.”

psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales es propio de una enfermedad de esta naturaleza, so pena de incurrir en un trato discriminatorio. Por ello, los trabajadores portadores de VIH o enfermos de SIDA deberán ser reubicados en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades esté afectado por su condición de salud.

Comentario.

*A nivel mundial los diferentes países han venido luchando por superar la segregación y el dolor que representa tener una sociedad afectada por la enfermedad del SIDA. Ubicar el problema de las personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA dentro de un contexto de los derechos, permite entender el problema desde sus fundamentos: de la dignidad de las personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA y su condición de sujetos de desarrollo dentro de un goce igualitario y no discriminatorio de sus derechos.*⁶⁰

En el presente caso, al tratarse de una persona portadora de VIH, misma que por su condición se encuentra dentro de los grupos de atención prioritaria como lo establece la Constitución de la República, se puede evidenciar que el mismo fue sujeto de discriminación por parte de su empleador al ser separado de su puesto de trabajo, supuestamente por tener un “bajo rendimiento en sus actividades laborales”. La indagación que efectuó la Corte Constitucional, permitió que el accionante pueda ser reparado integralmente al haber sido vulnerado sus derechos, inicialmente por el sumario administrativo instaurado en su contra, cuanto por las sentencias dictadas por el Juez Vigésimo de lo Civil y Mercantil del Catón Samborondón y el Juez y conjuces de la Sala de lo Penal y Tránsito del Guayas, ya que no se tomó en cuenta las peticiones del accionante, las cuales estaban enfocadas en la violación de derechos constitucionales, como es el del debido proceso, derecho fundamental que no puede faltar dentro de un proceso en el que se determinen derechos y obligaciones, la ausencia de celeridad e inmediación dentro del procedimiento, emitiendo de esta manera resoluciones sin fundamentos que lo justifiquen, es

⁶⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Promoción y defensa del Derecho a la Igualdad, Justicia, Desarrollo y Respeto para las Personas que viven con VIH-SIDA, Módulo 4, 2009, 7.

decir, normas y principios jurídicos pertinentes a los antecedentes de hecho, como lo exige la Constitución; simplemente se basaron en que se cumplió con la etapa probatoria y se le permitió hacer uso del derecho a la defensa, sin examinar, como ya se manifestó, la base de las pretensiones que dedujo el actor.

Es por esa falta de actuación de los Jueces ya mencionados, que la Corte Constitucional, basándose en problemas jurídicos como así lo considera, a la falta de motivación, falta de tutela judicial efectiva, analiza si realmente se produjo o no una discriminación en contra del señor NN, tomando en cuenta las llamadas categorías sospechosas, que según la doctrina lo consideran a todos los supuestos que enmarca la norma constitucional del artículo 11 numeral 2, pues se dice, que estas serán justificables siempre que no sean inconstitucionales, es decir, que no se encuentran prohibidas por el texto constitucional, teniendo la carga de la prueba la persona responsable de un trato diferenciado, misma que deberá hacerse de forma razonable.

Ahora bien ¿se podría considerar trato discriminatorio el hecho de darles atención prioritaria a ciertos grupos que la propia Constitución lo exige?, eminentemente que NO, ya que es una conducta permitida por la norma constitucional, sin embargo, la situación del señor NN, aunque forme parte de los grupos de atención prioritaria, la actuación de su empleador no estuvo encaminada a ese supuesto, sino que al no entender que por su estado de salud grave, el mismo no podía seguir efectuando sus actividades de manera normal como se presume lo supo hacer, lo enmarca en una causal para dar por terminada la relación laboral, dejándole al accionante en un estado de completa vulneración e indefensión, atentando de esta manera a su derecho de trabajo, y a su salud.

El derecho a no ser discriminado es uno de los derechos generalmente vulnerados tratándose de personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA, dada la existencia de una percepción social negativa que se caracteriza por el desprestigio considerable que representa vivir con el virus o la enfermedad.

La Corte Constitucional y por qué no decir los Jueces, para decidir si una conducta es o no discriminatoria, teniendo presente el principio a la igualdad, debe tomar en cuenta ciertas diferencias, mismas que se encuentran desarrolladas dentro de la presente sentencia y que a continuación resumiré:

-Los seres humanos son siempre iguales sin diferencias; no obstante, esta interpretación es poco efectiva ya que esta descripción resulta obviamente falsa.

-Los seres humanos diferentes deben ser tratados de forma diferente; atendiendo a las circunstancias. Así, los enfermos necesitan de una atención médica que no requieren los sanos, los grupos denominados en nuestra Constitución de atención prioritaria merecen precisamente por parte del Estado una atención prioritaria que no requieren las personas que no se encuentran en esas condiciones.

De este modo, corresponde a los Jueces, establecer tratos diferentes cuando se trate de condiciones distintas, sin dejar de lado la correcta aplicación de los derechos, ya que no todos somos iguales, y por lo tanto algunos tendrán mayores necesidades que otras dependiendo su condición sea cual fuere, y deberán gozar de atenciones diferentes pero no con el afán de que se sientan inferiores ni mucho menos excluidos, sino que por su condición, es necesario aplicar ese trato preferencial a los mismos, como se había dicho, siempre que ese trato sea permitido por la constitución.

Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones:

- Sobre el tema de la estabilidad absoluta, se debe entender claramente, que la misma se aplica únicamente para ciertos grupos, como son en este caso las trabajadoras embarazadas y en estado de maternidad y los dirigentes sindicales.
- En cuanto al trámite, si bien el Código Orgánico General de Procesos contiene el procedimiento a seguir en trámites laborales, respecto al despido ineficaz, se deben aplicar los términos que establece la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.
- Respecto de la citación, al ser demasiado corto el tiempo para realizarla, se pueden generar problemas de indefensión por parte del empleador.
- Las garantías Jurisdiccionales Constitucionales son una herramienta para la tutela de los derechos laborales no patrimoniales.
- En cuanto al tema de la prescripción es de treinta días, tiempo que si bien es corto para temas laborales la legislación así lo ha establecido, esto sin duda para promover que se planteen estas arbitrariedades.
- A diferencia de otros países como los analizados, el tema de la prueba para estos temas le corresponde a los empleadores, sin embargo en el caso ecuatoriano a quien le corresponde probar el despido ineficaz, es a los trabajadores.
- El objetivo de la estabilidad laboral reforzada es asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad manifiesta como es portar VIH o encontrarse enfermo de SIDA, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva prevista en la Constitución de la República, y que en materia laboral se traduce



en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación, cuando ello sea del caso.

- Si bien, antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, era una incertidumbre el tema del tiempo de protección a la mujer en estado de gestación y maternidad, hoy, con este cuerpo normativo ya se regula con exactitud el mismo, siendo de doce meses desde la fecha del parto.



Recomendaciones:

- Sobre el tema del despido a los trabajadores discapacitados, existe una amplia protección, pese a que los mismos cuentan con una ley especial, esto podría ser perjudicial para estas personas a la hora de ser contratadas, por el temor de que los empleadores tengan que pagar grandes indemnizaciones, en caso de despido.
- Que el Ministerio de Trabajo y Empleo, como entidad estatal competente, extienda controles para vigilancia a diversas empresas sean grandes o pequeñas con la finalidad de que se de cumplimiento a las leyes laborales, y constatar que los derechos de los trabajadores no estén siendo atentados por parte de los empleadores.
- Es necesario que el Estado siga implementando acciones que miren a eliminar de manera definitiva condiciones discriminatorias de grupos sociales que se encuentran en situaciones diferentes, con la finalidad de consagrar una verdadera igualdad real y no solo formal de todas las personas independientemente de su condición social, edad, sexo, estado de salud, etc., coherentes con el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que nuestro país ha adoptado.



Bibliografía.

Barbagelata, H. “La Nuevas dimensiones del Derecho a la Estabilidad en el Trabajo: El Derecho a la Promoción y Capacitación”, 657-70. Montevideo: 1984.

Cabanelas, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual”, Tomo 2. Buenos Aires: Eliasta S.R.L, 1979.

De la Cueva, Mario. “El Derecho Mexicano”, 774. México: 1978.

De la Fuente, Horacio, “Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad”. Buenos Aires: Argentina: Fidenter, Alberti 835, 1976.

Deveali, Mario. “Derecho del Trabajo”. Buenos Aires: Astria, 1983.

“Diccionario Jurídico Venezolano”. Tomo2, Caracas: Lider Editores SA, 1980.

El Telégrafo. “Los derechos laborales de 3 minorías mejoran”, 4. Guayaquil, 17 marzo 2016.

Ferrajoli, Luig. “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Trotta, 2007.

Garay, Juan. “Comentarios a la Nueva Constitución”. 57, Caracas: Venezuela: Librería Ciafré, 2000.

Giraldo, Jorge. “El Fuero Laboral Constitucional”, 119. Bogotá: 2002.

González, Fernando. “El Despido: Ineficaz, Discriminatorio y la Carga de la Prueba”, 2. Ecuador: Cuenca: 2015.



“Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Promoción y defensa del Derecho a la Igualdad, Justicia, Desarrollo y Respeto para las Personas que viven con VIH-SIDA”, 7. Módulo 4, 2009.

Lalín La Voz. “UGT DENUNCIA EL DESPIDO NULO DE UN TRABAJADOR DEL CONCELLO DE LALIN”, 11 octubre 2010.

Roberto Saba. “El Derecho a la Igualdad, Aportes para un Constitucionalismo Igualitario”, 193-94. Argentina : Lexis Nexis S.A., 2007.

Rojas, Armando. “Fuero de Maternidad Garantía a la Estabilidad Laboral”. 126-41, Revista de Derecho, Universidad del Norte, 28 enero 2003.

Toledo Corsi, César. “Tutela de la Libertad Sindical”, 57.

Trujillo, Julio César. “Derecho del Trabajo”. Tomo 1, Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica, 2008.

Uriarte, Ermida. “La Estabilidad del Trabajador en la Empresa”, 23. España: Corporación Fara ,1999.

Villasmil, Fernando. “Nuevo Procedimiento Laboral Venezolano”, Maracaibo: Librería Europa C.A. 2003.

Códigos, Leyes y Convenios.

Código del Trabajo Ecuatoriano, 2011.

Código Sustantivo del Trabajo de Colombia.

Constitución del Ecuador, 2008.

Constitución Política de la República de Colombia.



Convenio OIT.CIII. “Sobre la discriminación”. 15 de junio de 1960.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-426, 1992.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-470, 1997.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-412, 2010

Corte Suprema de Justicia, Sentencia T33758, 17 febrero 2009.

Ley Orgánica de Discapacidades, 2012.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2010.

Ley Orgánica de la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015.

Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela.

Edición electrónica:

Coalición Ecuatoriana de Personas que viven con VIH. CEPVVS. Derechos Humanos y VIH. Edición electrónica, www.coalicionecuatoriana.org/cepvvs.php?c=1281.

Comentarios al Proyecto de Reformas Laborales en el Ecuador. Edición electrónica, www.iusenlasrocas.blogspot.com/2014/11/comentarios-al-proyectos-de-reformas-html?m=1.



Consejo Nacional para prevenir la discriminación, “Discriminación e Igualdad”.
Edición electrónica, [www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84
&id_opcion=142&op=142](http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142).

Corte Constitucional de la República de Colombia, edición electrónica,
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-412-10.htm.

Zavala Vanessa. “Ponencia en el IV Congreso Sudamericano de Derecho Laboral y
Seguridad Social”. Edición electrónica, [www.garciaypartners.com/ponencia-en-
el-iv-congreso-sudamericano-de-derecho-laboral-y-seguridad-social/](http://www.garciaypartners.com/ponencia-en-el-iv-congreso-sudamericano-de-derecho-laboral-y-seguridad-social/).